Der Streit um den Rechtsstaat.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von
Kurt Groß-Fengels
Gerichtsreferendar
aus Duisburg-Hamborn.

Marburg 1936

Dissertations-Verlag G. H. Nolte Düsseldorf

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 26. März 1936.

Erstberichterstatter: Prof. Dr. Herrfahrdt.
Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Zimmerl.

Meinen Eltern!

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

Hauptteil.

Der Streit um den Rechtsstaat.

I. Abschnitt:

II. Abschnitt:

Schluß.

Schrifttum.

Acta Borussica: Denkmäler der preußischen Staatsverwaltung im 18. Jahrhundert, hg. von Schmoller und Hintze. 1892.
Altmann, Wilh.: Ausgewählte Urkunden zur Brandenburgisch-Preußischen Verfassungs- und Verwaltungsgeschichte, I. Teil. 1914.
Anschütz: Kommentar zur Reichsverfassung, 3. Bearb. 1930.
Bähr, O.: Der Rechtsstaat. 1864.
Bergbohm: Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. 1892.
Bornhak, C. Geschichte des Preuß. Verwaltungsrechtes, II. 1885.
— Preuß. Staats- und Rechtsgeschichte. 1903.
Bühler: Die subjektiven öffentlichen Rechte. 1914.
Darmstädter: Rechtsstaat oder Machtstaat. 1932.
Dennewitz, B.: Das nationale Deutschland ein Rechtsstaat. 1933.
Fischbach: Die subjektiven öffentlichen Rechte der Beamten DJZ 1935 S. 841.
Fleiner: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechtes. 1928.
Forsthoff: Der totale Staat. 1934.
— Buchbesprechung von O. Koellreutters „Der deutsche Führerstaat", JW 1934, S. 538.
Frank, H.: Der deutsche Rechtsstaat Adolf Hitlers, Vortrag des Reichsjuristenführers im Deutschlandsender am 20. März 1934, aufgen. i. „Deutsches Recht" 1934, S. 120.
Franzen, Wilh.: Die Polizei im neuen Staat. Marburger Diss. 1935.
Genzmer, F.: Artikel „Rechtsstaat" im Politischen Handwörterbuch von Jagow und Herre. 1923.
v. Gierke, O.: Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien 1880.
Giese, F.: Deutsches Verwaltungsrecht. 1930.
v. Gneist, R.: Der Rechtsstaat 1872.
— Die nationale Rechtsidee von den Ständen. 1894.
Göbbels, J.: Wesen und Gestalt des Nationalsozialismus. „Völkischer Beobachter" v. 14. 2. 1933.
Göring, H.: Die Rechtssicherheit als Grundlage der Volksgemeinschaft. 1935.
Gumplowicz, L.: Geschichte der Staatstheorien. 1926.
Hatschek, J.: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechtes. 1927.
Helfritz: Rechtsstaat und nationalsozialistischer Staat. DJZ 1934, S. 426 ff.
Heller, H.: Rechtsstaat und Diktatur 1930.
Henkel, H.: Die Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt. 1934.
Herrfahrdt, H. Der Aufbau des neuen Staates. 1932.
— Der Führergedanke im nationalsozialistischen Staat. (Mitteilungen des Universitätsbundes Marburg 1935, Heft 1).
— Lücken im Recht. Diss. 1915.
— Revolution und Rechtswissenschaft. 1930.
— Werden und Gestalt des Dritten Reiches. 1933.
— Buchbesprechung: H. Lange, Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat; Forsthoff, Der totale Staat (noch nicht veröffentlicht).
Hitler, Adolf: Mein Kampf 5. Aufl. 1930.
Hoche: Die Schutzhaft nach der V. v. 28. 2. 33 DJZ 1933, S. 1490.
Hofacker, W.: Die subjektiven öffentlichen Rechte DJZ 1935, S. 723 ff.
Hofacker, W.: Die Staatsverwaltung und die Strafrechtsreform. 1913.
Höhn: Rechtsgemeinschaft oder Volksgemeinschaft, „Deutsches Recht" 1935, 9. Heft.

Höhn: Die Wandlung im staatsrechtlichen Denken. 1934.
Huber, E. R.: Die Einheit der Staatsgewalt DJZ 1934, S. 950 ff.
Humboldt, W.: Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen. 1851.
Jellinek, G.: Allgemeine Staatslehre. 1922.
— System der subjektiven öffentlichen Rechte. 1892.
Jellinek, W.: Verwaltungsrecht 1928.
Jung, E.: Das Problem des natürlichen Rechts. 1912.
— Von der „logischen Geschlossenheit" des Rechts. 1900.
Kelsen: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze. 1923.
— Staatsform und Weltanschauung. 1933.
Knauth: Die Verwaltungsgerichtsbarkeit im neuen Reich, RuPrVBl. 1933, S. 885.
— „Gesetzmäßige Verwaltung" und Polizeigewalt. DJZ 1935, S. 222.
Koellreutter, O.: Der deutsche Führerstaat. 1934.
— Der nationale Rechtsstaat. 1932.
— Der nationale Rechtsstaat DJZ 1933, S. 517 ff.
— Deutsches Verfassungsrecht. 1935.
— Das Verwaltungsrecht im nationalsozialistischen Staat. DJZ 1934, S. 629 ff.
— Staatswissenschaft und Politik DJZ 1928, S. 1221 ff.
— Zur Frage der Gesetzesauslegung und Gesetzesanwendung in der Verwaltung. RVBl. 1935, S. 445 ff.
— Zur Krise des liberalistischen Staatsdenkens, Z. f. Politik, XVI. Band.
v. Köhler, L.: Grundlehren des deutschen Verwaltungsrechtes 1935.
Köttgen: Betrachtungen zum Neubau der deutschen Verwaltung. RVBl. 1935, S. 65 ff.
Kraus, G. u. O. v. Schweinichen: Disputation über den Rechtsstaat 1935 (Der deutsche Staat der Gegenwart Heft 17).
Krabbe: Kritische Darstellung der Staatslehre. 1930.
Krüger: Volksgemeinschaft statt subjektive öffentliche Rechte, D. Verw. 1935, S. 37 ff.
Lange, H.: Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat (Recht und Staat Heft 114) 1934.
Larenz, K.: Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart. 1931.
Lüdtke: Die Schutzhaft gemäß der Verordnnug vom 28. 2. 1933, JW 1933, S. 2241.
Marschall v. Bieberstein: Vom Kampf des Rechtes gegen die Gesetze. 1927.
Maunz, T.: Neue Grundlagen der Verwaltung. 1934.
— Neues Rechtsdenken in der Verwaltung, D. Verw. 1935, S. 65 ff.
— Staatsbegriff und Verwaltung, „Deutsches Recht" 1935, S. 384 ff.
— Zum Neubau der deutschen Verwaltungsrechtes 1934 DJZ, S. 1046 ff.
Mayer, M. E.: Rechtsphilosophie. 1922.
Mayer, O.: Deutsches Verwaltungsrecht I, 3. Aufl. 1924.
Meifert, W.: Der Begriff des Rechtsstaats in der neueren Staatsrechtslehre Königsberger Diss. 1932.
Merk, W.: Der germanische Staat. 1927.
— Vom Werden und Wesen des deutschen Rechtes. 1926 (Schriften zur politischen Bildung).
— Deutsche Rechtserneuerung (Süddeutsche Monatshefte, Februar 1934, Heft 5).
v. Mohl, R.: Encyklopädie der Staatswissenschaften. 1859.
— Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, Bd. I, 1832, 3. Aufl.
Mylius: Corpus Constitutionum Marchicarum.
Neubert: Die Schranken richterlichen Prüfungsrechts bei staatspolitischen Handlungen der Verwaltung JW. 1933 S. 2426.

Nicolai: Der Staat im nationalsozialistischen Weltbild 1934 (Neugestaltung von Recht und Wirtschaft, Heft 1).
— Grundlagen der kommenden Verfassung 1933.
— Buchbesprechung: Dennewitz, Das nationale Deutschland ein Rechtsstaat. RVBl. 1934, S. 862.
Pantenius, W.: Erlasse und Briefe des Königs Friedrich Wilhelm I. von Preußen in Voigtländers Quellenbüchern Bd. 65, 1913.
Radbruch, G.: Grundzüge der Rechtsphilosophie. 1914.
Reichel: Um den Rechtsstaat (Recht und Wirtschaft II.) 1922.
Rosenberg, A.: Der Mythos des 20. Jahrhunderts. 1932.
— Um die nationalsozialistische Weltanschauung, „Völkischer Beobachter" vom 17. Mai 1934.
Sauer: Lehrbuch der Rechtsphilosophie. 1929.
Schack, F.: Die richterliche Kontrolle von Staatsakten im neuen Staat. RVBl. 1934, S. 592 ff.
— Richterliches Prüfungsrecht und neue Staatsauffassung RuPrVBl. 1933, S. 1047 ff.
Schindler, D.: Verfassungsrecht und soziale Struktur. 1932.
Schmidt, R.: Allgemeine Staatslehre I. 1901.
Schmitt, C.: Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung, Berlin o. J.
— Legalität und Legitimität. 1932.
— Nationalsozialismus und Rechtsstaat. JW 1934, S. 713 ff.
— Artikel Rechtsstaat in „Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung" 1935.
— Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens 1934 (Schriften der Akademie für deutsches Recht).
— Was bedeutet der Streit um den „Rechtsstaat"? Z. f. ges. Stw., Bd. 95, 2. Heft.
— Verfassungslehre 1928.
Schnabel, F.: Deutsche Geschichte im 19. Jahrhundert, II. Bd. 1933.
v. Schweinichen u. G. Kraus: Disputation über den Rechtsstaat 1935 (Der deutsche Staat der Gegenwart Heft 17).
Schwemer, R.: Restauration und Revolution. 1910 (Aus Natur und Geisteswelt).
Stahl: Rechts- und Staatslehre. 1846.
Stoll, H.: Rechtsstaatsidee und Privatrechtslehre Iherings Jahrb. 1926, Bd. 40
Stuckart: Nationalsozialistischer Staat und Verwaltungsgerichtsbarkeit. D. Verw. 1935, S. 161 ff.
Tartarin-Tarnheyden: Grundlagen des Verwaltungsrechts im neuen Staat. Arch. öff. R. 1934.
— Werdendes Staatsrecht. 1934.
Thoma, R.: Das System der subjektiven öffentlichen Rechte und Pflichten, Handb. d. d. Staatsrechts II. 1932.
— Der Vorbehalt der Legislative und das Verordungsrecht, Handb. d. d. Staatsrechts II. 1932.
— Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft, Jahrb. d. öffentl. Rechts, Bd. 4, 1910.
v. Treitschke, H.: Politik I. A. 1922.
Vollmer, J.: Die Überwindung des Grundsatzes von der Dreiteilung der Gewalten. Marburger Diss. 1935.
Walz, G.: Autoritärer Staat, nationaler Rechtsstaat oder völkischer Führerstaat? DJZ 1933, S. 1334.
— Das Ende der Zwischenverfassung. 1933.
Wittig, M.: Der Rechtsstaat im Wandel der Staatsformen. Greifswalder Diss. 1933.
Wolf, H.: Angewandte Geschichte. Eine Erziehung zu politischem Denken und Wollen. 1933.

Einleitung.

Die Aufgabe und die Art ihrer Behandlung.

Zu den Worten, mit denen sich einst das Weimarer System mit Stolz schmückte, gehört auch das Wort Rechtsstaat. —

In Zeitpunkten der Geschichte, in denen der Geist einer neuen Zeit siegt über die Vergangenheit, sind Worte und Begriffe, die als Zeichen dieser Vergangenheit gelten, begreiflicherweise besonders kritischer Betrachtung ausgesetzt.

So ist es denn eigentlich nicht verwunderlich, wenn mit der nationalsozialistischen Revolution am Horizont staatsrechtlicher Diskussion auch das Wort „Rechtsstaat" auftaucht. — Es lag nahe, den Inhalt des Begriffes Rechtsstaat näher klarzulegen und zu fragen, ob überhaupt — und welche Werte der bisherige Rechtsstaatsbegriff enthält, die für den nationalsozialistischen Staat brauchbar sind oder, — falls die Antwort auf diese Frage verneinend ausfiel, — nach den Grundsätzen zu suchen, die im nationalsozialistischen Staat an die Stelle der rechtsstaatlichen Prinzipien treten müssen. —

In politischen Kämpfen und Auseinandersetzungen pflegen die streitenden Parteien am Gegner in erster Linie immer das Schlechte zu sehen und gehörig anzuprangern, um so sich selbst in besonders gutem Lichte erscheinen zu lassen. Das sind bewährte Methoden der Propaganda [1]). Denn damit ist nun einmal in der Wirklichkeit des politischen Lebens noch kein entscheidender Kampf gewonnen worden, daß man in „doktrinärer Aufrichtigkeit" erklärte, die Ansichten des Gegners seien hervorragend, aber die eigenen seien noch hervorragender. — Um so gerechtfertigter erscheint die Befolgung propagandistischer Methoden, wenn nur so dem Volk geholfen werden kann. In solchen Fällen ist kein Platz für die Gefühlsduselei wissenschaftlicher Schöngeister. Man erinnere sich der Worte Adolf Hitlers: „Wenn aber Völker um ihre Existenz auf diesem Planeten kämpfen, mithin die Schicksalsfrage von Sein oder Nichtsein an sie herantritt, fallen alle Erwägungen von Humanität oder Ästhetik in ein Nichts zusammen" [2]).

Es soll und kann aber hier nicht unsere Aufgabe sein, in propagandistischer Weise an die Zeit der Vergangenheit heranzutreten, in denen der Rechtsstaatsbegriff entwickelt worden ist. — Wenn es Pflicht der Wissenschaft ist, das Schlechte in der Vergangenheit mit aller Rücksichtslosigkeit dem Volke klarzulegen, — so ist es ebenso ihre Aufgabe, mit aller Offenheit zu zeigen, was gut und darum vielleicht erhaltenswert an der Vergangenheit ist.

1) vgl. Adolf Hitler, Mein Kampf S. 200.
2) Mein Kampf S. 195.

Wenn aber hier die Propaganda in einen gewissen Gegensatz zur Wissenschaft gestellt wird, so geschieht es nicht deshalb, um jener Wissenschaft das Wort zu reden, die ihre vornehmste Aufgabe darin sieht, möglichst unberührt von Politik stets der „objektiven“ Wahrheit zu dienen. — Die junge Generation, die unbelastet und unbeschwert den Marsch ins nationalsozialistische Reich miterlebt hat, vermag jene Wissenschaftler wohl einzuschätzen. Sie weiß, daß Wissenschaft letztlich dem Volke nur dann zu dienen vermag, wenn sie sich, — soweit dies dem Charakter der betreffenden Wissenschaft nach überhaupt möglich ist, — tragen läßt von der das gesamte Leben des Volkes gestaltenden politischen Idee. — Aber sie weiß auch, daß dadurch dem Volke in keiner Weise gedient wäre, wenn die Wissenschaft glaubte, mit Schlagworten und einigen Federstrichen die Vergangenheit abtun zu können. —

Propaganda und Wissenschaft dienen beide dem Volke — jede auf ihre Art und darum mit verschiedenen Arbeits- und Erfolgsgesetzen. —

Dies vorauszuschicken, erschien angebracht, um von vornherein über die Art und Weise der Behandlung unserer Aufgabe Klarheit zu schaffen. —

Hauptteil.

Der Streit um den Rechtsstaat.

I. Abschnitt:

Der Streit um den Rechtsstaat, von seiner allgemeinen, grundsätzlichen Seite aus gesehen.

I. Die verschiedenen Ansichten über den Wert des Rechtsstaatsbegriffes für die heutige Zeit.

Das Wort Rechtsstaat ist — isoliert als Wortzusammensetzung betrachtet — vieldeutig. C. Schmitt hat recht, wenn er meint, das Wort Rechtsstaat könne „soviel Verschiedenes bedeuten, wie das Wort Recht selbst und außerdem noch soviel Verschiedenes, wie die mit dem Worte Staat angedeuteten Organisationen“ [3]).

Die Frage nach dem Wert des Rechtsstaatsbegriffes für die heutige Zeit hat nur dann Sinn, wenn man das Wort Rechtsstaat in einer bestimmten inhaltlichen Bedeutung an die heutige Zeit heranträgt, — sei es, daß man die inhaltliche Bedeutung unmittelbar aus dem Sprachgebrauch zum Zeitpunkt der nationalsozialistischen Revolution gewinnt — sei es, daß man in erster Linie die geschichtliche Entwicklung des Rechtsstaatsbegriffes maßgebend sein läßt, wobei man dann dem politischen Wert oder Unwert der Zeit, in der der Begriff entwickelt worden ist, eine verschieden große Bedeutung beimessen kann.

---

3) C. Schmitt, Legalität und Legitimität S. 19.

1. Carl Schmitt gewinnt sein Urteil über den Wert des Rechtsstaatsbegriffs aus seinem Ursprung, aus seiner „Rasse“ [4]. Für ihn ist das Wort geprägt in einer dualistisch denkenden Zeit, die den Staat der Gesellschaft gegenüberstellte, in der der Bürger in Kampfstellung stand zum Staat. — Robert Mohl, der Vater [5]) des modernen Rechtsstaatsbegriffes [6]), ist — immer nach C. Schmitt — Kind dieser Zeit, wenn er sich, wie folgt, im Jahre 1832 über den Rechtsstaat äußert: „Der religiösen Lebensrichtung des Volkes entspricht nämlich die Theokratie, der bloß sinnlichen die Despotie, der einfachen Familienansicht der patriarchalische Staat, dem sinnlich vernünftigen Lebenszweck aber der sogenannte Rechtsstaat . . . Ein Rechtsstaat kann also keinen anderen Zweck haben als den: Das Zusammenleben des Volkes so zu ordnen, daß jedes Mitglied desselben in der möglichst freien und allseitigen Übung und Benutzung seiner sämtlichen Kräfte unterstützt und gefördert werde . . .

In was aber diese Unterstützung und Förderung zu bestehen hat, ist leicht einzusehen. Die Freiheit des Bürgers ist bei dieser Lebensansicht der oberste Grundsatz . . . Die Unterstützung des Staates kann daher nur negativer Art sein und bloß in der Wegräumung solcher Hindernisse bestehen, deren Beseitigung den Kräften des Einzelnen zu schwer wäre“ [7]).

Es ist weiter für C. Schmitt bedeutsam, daß der Begriff Rechtsstaat in seiner Lebensgeschichte der Gegenbegriff gegen einen christlichen, also „einen von Religion her bestimmten“ und gegen einen „als ein Reich der Sittlichkeit aufgefaßten“ Staat gewesen ist [8]). Diesem Rechtsstaatsbegriff lag die Auffassung zu Grunde, daß der Staat auf die Aufgabe beschränkt werden müsse, ein allgemein menschliches Recht zu schaffen und durchzusetzen, daß es aber nicht auch Sache des Staates sei, Religion und Christentum zu verwirklichen. Als Kronzeugen für das Bestehen dieser Auffassung vom Rechtsstaat führt C. Schmitt den Schweizer Dichter und Pfarrer Jeremias Gotthelf an, der diesen Rechtsstaat mit aller Leidenschaft bekämpfte. „Da aber liegt eben ihr Unrecht“ — sagt J. Gotthelf im Entwurf zum „Schuldenbauer“ — „daß sie behaupten, dieser

---

4) C. Schmitt, Was bedeutet d. Streit u. d. Rechtsstaat? a.a.O. S. 191 f. weiter JW 1934, S. 713 ff.

5) C. Schmitt weist darauf hin, daß vor Mohl schon Adam Müller von einem Rechtsstaat spricht. In seinen „Deutschen Staatsanzeigen“ Bd. 2. 1817, S. 33 spricht letzterer von dem „bloßen Geld-, Kriegs- und Beamtenstaat“, der Schwierigkeiten habe, „um sich wieder zu der Würde eines Rechtsstaates zu erheben“, ohne allerdings diesem Begriff einen klaren Inhalt zu geben, — (Vgl. N. S. Handbuch a.a.O.).

6) Dem von R. Mohl ausgehenden neueren Rechtsstaatsbegriff stellt man gewöhnlich einen älteren Rechtsstaatsbegriff gegenüber, der in die Lehre vom Staatszweck hineingehört und besagt, daß der Staat nur den Zweck habe, die Befolgung des Rechts zu überwachen. Man denke an Kants „Rechtsanstalt“ (vgl. Genzmer a.a.O.) Von einem älteren Rechtsstaatsbegriff zu sprechen, ist aber insofern ungenau, als diese ältere Lehre den Begriff „Rechtsstaat“ noch garnicht kennt. — Es ist vielmehr so, daß das Wort „Rechtsstaat“ in diesem Fall zu einem Gedankeninhalt in Verbindung gebracht wird, für den es an und für sich auch passen könnte.

7) R. Mohl, die Poliz. Wissenschaft S. 5, 7.

8) C. Schmitt, Was bedeutet d. Streit u. d. Rechtsstaat? a.a.O. S. 191.

Standpunkt habe einzig Berechtigung in einem modernen Staat, daß sie mit anderen Worten nur noch einen Rechtsstaat anerkennen, von einem christlichen Staat nichts mehr wissen wollen. Die Idee des Rechtsstaats ist die legale Sanktion der Selbstsucht und das zerstörende, zersetzende Element"[9]).

Schwerwiegender als diese Gegensätzlichkeit zum „christlichen Staat" bleibt jedoch der Sinn, den der Rechtsstaatsbegriff als Kennzeichnung einer staatsrechtlichen Auffassung erhält, die den Bürger in einen bewußten Gegensatz zum Staat stellt. — Frucht dieser Geistesrichtung ist für C. Schmitt auch die Rechtsstaatsformulierung Stahls, die bei den Staatsrechtlern seiner Zeit Anerkennung fand[10]). „Der Staat soll Rechtsstaat sein, das ist die Losung und ist auch in Wahrheit der Entwicklungstrieb der neueren Zeit. Er soll die Bahnen und Grenzen seiner Wirksamkeit, wie die freie Sphäre seiner Bürger in der Weise des Rechts genau bestimmen und unverbrüchlich sichern und soll die sittlichen Ideen von Staats wegen, also direkt nicht weiter verwirklichen (erzwingen), als es der Rechtssphäre angehört, d. i. nur bis zur notwendigsten Umzäunung. Dies ist der Begriff des Rechtsstaates nicht etwa, daß der Staat bloß die Rechtsordnung handhabe ohne administrative Zwecke, oder vollends bloß die Rechte des einzelnen schütze, er bedeutet überhaupt nicht Ziel und Inhalt des Staates, sondern nur Art und Charakter, dieselben zu verwirklichen"[11]).

Zwar wurde durch diesen „Kunstgriff" Stahls erreicht, daß kein Gegensatz mehr zum Religions- und Weltanschauungsstaat bestand[12]). Aber gleichzeitig wurden so Recht und Staat „im Endergebnis auswechselbare Formen für die durch Weltanschauung Sittlichkeit und Gerechtigkeit bezeichneten Inhalte"[13]). So wurde die „Beseitigung jeder sachinhaltlichen Gerechtigkeit vollendet — der Rechtsstaat zum reinen Gesetzesstaat gemacht"[14]).

So mündet schließlich auch dieser Rechtsstaatsbegriff nach C. Schmitt in eine Staatsauffassung ein, die beherrscht wird von der Angst des Bürgers vor dem Staat. Der Bürger kennt nur das eine Ziel sich vor dem Feind „Staat" mit allen Mitteln zu schützen, er fordert Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, Gewaltentrennung, justizförmigen Rechtsschutz vor der öffenlichen Gewalt, weil er nur so seinen Interessenkreis geschützt sieht. Sein Sicherheitsgefühl steht im Mittelpunkt aller Betrachtungen, erst meine Sicherheit — dann Gerechtigkeit.

So sind die allein sinnvollen Gegenbegriffe gegen einen Rechtsstaat Staatsarten, die eine andere „als bloß mittelbare normative Beziehung zur Gerechtigkeit haben". — Der Rechtsstaat wird so zum Gegenbegriff

---

9) s. Oswald über J. Gotthelf in DJZ, 1934, S. 1259.
10) Vgl. Gneist, der Rechtsstaat S. 16, Bähr, Der Rechtsstaat, S. 1.
11) Stahl a.a.O. S. 106.
12) C. Schmitt, Was bedeutet der Streit u. d. Rechtsstaat? S. 193.
13) Derselbe, Nat. Soz. Handbuch S. 6.
14) W. b. d. Streit u. d. Rechtsstaat? S. 196.

eines „unmittelbar gerechten Staates“ [15]). C. Schmitts Urteil über das Wort Rechtsstaat kann darum nur lauten: Es ist „nicht ewig“ [16]).

C. Schmitt findet für seine Auffassung Anhänger bei seinen Schülern Forsthoff und Höhn. Für den ersteren verbindet sich mit dem Begriff des reinen Rechtsstaates die Vorstellung von einem Staat „der sich existenziell erschöpft in einer Rechts- und Ämterordnung“, — von einem Staat, der „der Prototyp einer Gemeinschaft ohne Ehre und Würde“ ist [17]). Und Höhn erklärt, daß der Rechtsstaat als ein Teil unseres bisherigen Begriffssystems überholt sei. Er stellt „die geistige Frucht des individualistischen Denkens auf staatsrechtlichem Gebiet dar“. Er ist geschichtlich zu würdigen, aber „voll innerem Abstand“, denn hinter einem solchen Begriff „steht immer wieder die Vorstellung von ohne gemeinschaftsmäßige Bindungen und Ordnungen dahinlebenden Individuen“ [18]).

Günther Kraus — ebenfalls ein Schüler C. Schmitts — kann sich das Verdienst zurechnen, am schärfsten gegen den Rechtsstaat zu Felde gezogen zu sein. — Der Rechtsstaatsbegriff ist für ihn im 19. Jahrhundert endgültig festgelegt. „Der Rechtsstaat bezeichnet“ — so schreibt er unlängst — „den Defekt der staatlichen Ordnungsrealität“, . . . „der Rechtsstaat ist ein Prinzip der Negation, näher ein Prinzip der Beraubung“. — „Der Begriff des Rechtsstaates — so faßt er sein furchtbares Verdammungsurteil zusammen — „ist die Frucht eines Mißbrauches und wiewohl nicht selbst ewig, dennoch wenn man so sagen darf, von Ewigkeit her prädestiniert. Von seiner Geburt an steht ihm das Zeichen der Verwerfung auf der Stirn geschrieben. Eine Rettung ist hier nicht möglich“ [19]). —

2. C. Schmitt und seinen Schülern steht die Gruppe jener gegenüber, die auch heute noch dem Rechtsstaatsbegriff einen Wert beimessen. — Dabei ist auffallend, daß diese verschiedene Bewertung des Rechtsstaatsbegriffs für viele nicht etwa seine Ursache hat in einer grundverschiedenen Beurteilung jener Zeit, in der der Rechtsstaatsbegriff geformt und entwickelt worden ist. — So ist auch für H. Lange die Entwicklungszeit des Rechtsstaatsbegriffes, die Zeit des „Gesetzesstaates“ [20]). — Der Staat war „Gewährleistungsapparat für das Vermögen des einzelnen, eine Versicherungsanstalt gegen Unfall und Schaden“ [21]). Das Recht war die „Summe von Gesetzen“ [22]), deren Aufgabe erfüllt war, wenn sie den Bürger schützten. Die Rechtssicherheit war darum für den nur an sich denkenden Bürger „Gesetzessicherheit“ [23]); in dieser Zeit, da der Mensch

---

15) C. Schmitt, W. b. d. Streit u. d. Rechtsstaat? S. 190.
16) C. Schmitt, W. b. d. Streit u. d. Rechtsstaat? S. 198.
17) s. Forsthoff, der totale Staat, S. 13 u. JW 1934, S. 538 in seiner scharfen Stellungnahme gegen Koellreutter
18) Höhn, Die Wandlung im staatsrechtlichen Denken, S. 44.
19) s. Kraus, a.a.O. S. 28, S. 30.
20) Lange a.a.O. S. 20, S. 40.
21) Lange a.a.O. S. 14.
22) Lange a.a.O. S. 9.
23) Lange a.a.O. S. 10.

das „Maß aller Dinge" war[24]), war das Gesetz die „magna charta eines jeden gegen das abweichende Recht". Rechtssicherheit als Gesetzessicherheit konnte darum auch „Unrechtssicherheit" sein[25]).

Während aber C. Schmitt und seine Schüler den Rechtsstaatsbegriff eben wegen seiner politischen Vergangenheit — wenn man so sagen darf — verwerfen, gelangt Lange zu der umgekehrten Schlußfolgerung. Für Lange ist Rechtsstaat ganz allgemein ein gerechter Staat. Darum ist nur der nationalsozialistische Staat wahrer Rechtsstaat. — Der Staat, der sich bisher Rechtsstaat nannte, verdiente diese Bezeichnung gar nicht, als „hohler Gesetzesstaat" mit wertloser Gesetzestechnik ist er überwunden worden durch den nationalsozialistischen Staat, der eine auf einer bestimmten Wertordnung gegründete materielle Gerechtigkeit kennt. „Gott und Glaube, Volk, Rasse und Heimat, Ehre und Familie"[26]) sind Begriffe, an denen diese Wertordnung orientiert ist, die durch das Gesetz als „Führungsmittel"[27]) verwirklicht wird.

Ganz auf demselben Boden steht von Schweinichen. Auch für ihn gilt, daß im 19. Jahrhundert Recht im wesentlichen gleich Gesetz war[28]). Auch für ihn ist Rechtsstaat ganz allgemein ein gerechter Staat; „jeder Rechtsstaat ist notwendig gerechter Staat — jeder gerechte Staat ist notwendig Rechtsstaat"[29]). Daß der Begriff Rechtsstaat im Laufe seiner Lebensgeschichte eine spezielle — näher bestimmbare Beinhaltung erfahren hat, bleibt für diese Auffassung ohne ausschlaggebende Bedeutung.

3. Auf ganz anderem Wege gelangt Koellreutter zu einer Anerkennung des Rechtsstaatsbegriffes für die heutige Zeit[30]). — Wenn er erklärt, daß die von Bähr[31]) im Anschluß an Stahl gegebene Definition des Rechtsstaates auch heute noch gelte[32]), wenn er sagt, es sei erforderlich, daß „das öffentliche Leben sich in Formen abspielen muß, die ihrem Ablauf nach zum mindesten weitgehend berechenbar sind"[33]), wenn er schließlich in seinem kürzlich erschienenen „Deutschen Verfassungsrecht" wiederholt, daß in einem Rechtsstaat „der einzelne Volksgenosse das Gefühl haben muß, daß im Rahmen der nationalen Lebensordnung die Ausübung des Rechts nach festen Normen erfolgt und dadurch die Rechtsregelung für den einzelnen Volksgenossen berechenbar

---

24) Lange a.a.O. S. 6.
25) Lange a.a.O. S. 10.
26) Lange a.a.O. S. 10.
27) Lange a.a.O. S. 25.
28) vgl. v. Schweinichen a.a.O. S. 38.
29) s. Schweinichen a.a.O. S. 48.
30) vgl z. folg. Koellreutter, der nationale Rechtsstaat a.a.O. und DJZ. 1933, S 517 ff., wo er sich auf die erstgenannte Schrift bezieht.
31) Bähr a.a.O. S. 2. Unter einem Rechtsstaat versteht Bär, „daß der Staat das Recht zur Grundbedingung seines Daseins erhebe; daß alles in ihm rege Leben, das individuelle, sowohl als das der Gesamtheit im Verhältnis zu ihren Gliedern, unbeschadet der für dasselbe notwendigen Freiheit, dennoch in den Grundangeln des Rechts sich bewege."
32) Koellreutter, Der nationale Rechtsstaat S. 20.
33) Koellreutter, Der nationale Rechtsstaat S. 21.

wird" [34]), so trägt er damit der geschichtlichen Entwicklung des Rechtsstaatsbegriffes Rechnung, die von Schweinichen und Lange bei ihrer allgemeinen Gleichsetzung des Rechtsstaates mit Gerechtigkeitsstaat vermissen lassen. — Bei Koellreutter beruht die Anerkennung des Rechtsstaatsbegriffes auf der Anerknennung bestimmter Inhaltsmerkmale des überkommenen Rechtsstaatsbegriffes. —

Aber neben diesem überkommenen und heute noch geltenden „formalen" Element des Rechtsstaatsbegriffes kennt er noch ein „politisches" Element. Wesentlich ist nicht allein, daß das Verhälnis von Staat und Bürger auf einer Ordnung des Rechts ruht mit ihren Vorzügen der Rechtssicherheit und Berechenbarkeit — wesentlich ist vor allem „die Feststellung, nach welchen Wertprinzipien und von welcher Grundposition aus dieses Verhältnis vom Staat und Recht in einer konkreten politischen Situation gestaltet werden muß"[35]). Das besondere politische Element aber typisiert einen Rechtsstaat, unterscheidet den „nationalen Rechtsstaat" von einem Rechtsstaat sogenannter „bürgerlich liberaler" Prägung, in dem „das absolute Sicherheitsgefühl des einzelnen auf seine unantastbaren Rechtspositionen, auf seine „wohlerworbenen" Rechte, die politische Idee bildete" [36]).

Ähnliche Gedankengänge wie bei Koellreutter finden wir bei Dennewitz [37]), der einen rein rechtlichen und neutralen Faktor von einem politischen Faktor des Rechtsstaates unterscheidet [38]). Der rein rechtliche, neutrale und ewige Faktor bedeutet, daß es überhaupt eine durch Recht und Gesetz begrenzte Machtbefugnis des Staates zugunsten des Staatsbürgers gibt [39]). Zu dieser „selbständigen" und ewigen Größe hat sich dieser Faktor entwickelt aus einem „rein politischen Prinzip des Liberalismus und ist in dieser Form in allen modernen Staaten zur stillschweigenden Grundlage der Staatsform geworden" [40]). Eine Änderung des politischen Rechtsstaatselementes kann aber nicht das Ende der Rechtsstaatlichkeit überhaupt bewirken: „Der Rechtsstaat hört nicht auf, wenn das Staatlich-Kollektive über dem Individuellen steht" [41]). Entweder heißt der Staat „liberaler oder nationaler Rechtsstaat", „je nachdem ob das Individuelle über das Staatlich-Kollektive, oder dieses über das Individuelle dominiert" [42]).

Auch Tartarin-Tarnheyden gehört hierher [43]). Die bleibende Bedeutung des Rechtsstaatsbegriffes sieht er in „der grundsätzlichen Bindung des Handelns der Staatsorgane an unverletzbare Rechtsnormen, (die freilich nicht unbedingt Gesetzesnormen zu sein brauchen)"

---

34) Koellreutter, Deutsches Verfassungsrecht S. 14.
35) Koellreutter, Der nationale Rechtsstaat S. 21.
36) Koellreutter, der nationale Rechtsstaat S. 7.
37) vgl. z. folgendem Dennewitz a.a.O.
38) Dennewitz a.a.O. S. 7.
39) Dennewitz a.a.O. S. 7.
40) Dennewitz aa.O. S. 7.
41) Dennewitz a.a.O. S. 10.
42) Dennewitz aa.O. S. 11.
43) vgl. z. folgendem Werdendes Staatsrecht.

und der „Errichtung unabhängiger Gerichte zur Entscheidung selbst über staatliche Rechtsverletzung“ [44]). In dieser bleibenden Bedeutung ist der Rechtsstaat nicht erst eine „liberalistische Erfindung“ [45]). Liberalistisch war nur im Rechtsstaat „die Verabsolutierung des Individuums“ [46]), die durch das Zugrundelegen einer deutschen politischen Wertordnung, eines deutschen „Urnomos“, überwunden worden ist [47]). Erst dadurch hat sich der deutsche Rechtsstaat vollendet [48]).

Also auch bei Tartarin-Tarnheyden ergibt sich die Anerkennung des Rechtsstaatsbegriffs für das nationalsozialistische Deutschland aus einem ewig gültigen, sich aus der geschichtlichen Entwicklung des Rechtsstaatsbegriffes ergebenden Rechtsstaatselement. —

4. Zum Schluß sei die Auffassung von Helfritz berührt, der insofern eine besondere Stellung einnimmt, als er den Rechtsstaatsbegriff rein rechtlich — „ohne alles Politische“ erfassen will [49]). In den Grundsätzen der Unabhängigkeit der Rechtspflege und der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sieht er den Hauptinhalt des Rechtsstaatsbegriffs, — Prinzipien, die auch heute noch gelten, so daß er abschließend zusammenfaßt: „Streitig war nicht die Sache, sondern ihr Name“ [50]).

So hat uns die bisherige Betrachtung der Streitlage geführt von jenen, die den Rechtsstaatsbegriff als durch die politische Vergangenheit „infiziert“ ansehen, zu denen, für die die politisch-geschichtliche Vergangenheit unmaßgeblich war, für die Rechtsstaat ganz allgemein Gerechtigkeitsstaat bedeutete, — weiter zu denen, die ein neutrales, formales, auch weiterhin Gültigkeit habendes Rechtsstaatselement unterscheiden von einem politischen Rechtsstaatselement, und die daher den Rechtsstaatsbegriff für die Zukunft weiter anerkennen, da im nationalsozialistischen Staat sich ja nur die politisch-weltanschauliche Seite geändert habe — bis schließlich zu jener Ansicht, die sogar für die Zukunft an einem nur rein rechtlich zu erfassenden Rechtsstaatsbegriff festhält.

II. Der Inhalt des Rechtsstaatsbegriffes im Zeitpunkt der nationalsozialistischen Revolution unter Berücksichtigung seiner geschichtlichen Entwicklung als Ausgangspunkt für die Frage nach dem Werte des Rechtsstaatsbegriffes.

Für die Beantwortung der Frage nach dem Wert des Rechtsstaatsbegriffs für den nationalsozialistischen Staat scheint es uns zunächst einmal notwendig zu sein, daß man sich grundsätzlich darüber klar wird, wie man die inhaltliche Bedeutung des Rechtsstaatsbegriffes zum ge-

---

44) Tart. Tarnheyden a.a.O. S. 18.
45) Tart. Tarnheyden a.a.O. S. 21.
46) Tart. Tarnheyden a.a.O. S. 21.
47) Tart. Tarnhyden a.a.O. S. 19.
48) Tart. Tarnheyden a.a.O. S. 19.
49) vgl. Helfritz a.a.O.
50) vgl. Helfritz a.a.O. S. 431.

schichtlichen Zeitpunkt der nationalsozialistischen Revolution gewinnen will.

Der Rechtsstaatsbegriff ist ein Begriff, der eine geschichtliche Entwicklung hinter sich hat. Man würde daher mit Recht dem Vorwurf eines geschichtslosen Denkens ausgesetzt sein, wollte man etwa allein entscheidend sein lassen die inhaltliche Bedeutung, wie sie sich zum Zeitpunkt der nationalozialistischen Revolution unmittelbar aus dem besonderen Sprachgebrauch der Weimarer Zeit ergibt. — Ebenso verkehrt dürfte es sein, es allein auf die Frage abzustellen, ob die Zeit, in der der Begriff geformt worden ist, Vorbild für die heutige Zeit sein kann oder nicht. Denn das könnte ja unter Umständen dahin führen, daß man einen Begriff für wertlos erklären müßte, selbst wenn die diesem Begriff zugrundeliegenden konkreten Gedanken wertvoll und vielleicht darum erhaltenswert wären. —

Entscheidend kann nur sein der konkrete Inhalt des Rechtsstaatsbegriffs zum Zeitpunkt der nationalsozialistischen Revolution unter Berücksichtigung seiner geschichtlichen Entwicklung. — Darum erscheint uns auch der andere Weg bedenklich, den einen bestimmten Gedankenkomplex darstellenden Rechtsstaatsbegriff zu verallgemeinern, Rechtsstaat allgemein gleich Gerechtigkeitsstaat zu setzen. Solchen Versuchen mag zu Grunde liegen, daß man mit dem Wort „Rechtsstaat" — vielleicht aus einer rein gefühlsmäßigen Einstellung heraus — die Vorstellung von etwas Wertvollem verbindet, so daß man es auch in Zukunft nicht missen will. Man gibt darum dem Wort eine Bedeutung, mit der man es ohne weiteres auch für die Zukunft sichert. —

Man sollte diesen Weg, wenn man ihn überhaupt geht, erst dann gehen, wenn man sich die Mühe gemacht hat, einwandfrei darzutun, daß der bestimmtere Rechtsstaatsbegriff für den nationalsozialistischen Staat keinen Wert mehr besitzt. Auf diesen bestimmteren, geschichtlich entwickelten Rechtsstaatsbegriff aber kommt es an.

Wir haben festzustellen, was allgemein unter „Rechtsstaat" zu verstehen ist, ohne daß diese oder jene staatsrechtliche Richtung, die sich vielleicht besonders mit dem Rechtsstaatsbegriff befaßt hat, Bevorzugung verdient. Wir haben den Kern von der Schale zu unterscheiden. Nicht ausschlaggebend kann daher auch für die Frage nach dem Wert des Rechtsstaatsbegriffs ins Gewicht fallen, ob vielleicht dieser oder jener staatsrechtliche Grundsatz, der auch als Rechtsstaatsprinzip angesehen wurde, im übrigen aber von untergeordneter Bedeutung ist, in Zukunft noch Bestand haben wird oder nicht. — Maßgebend muß der Kern dessen sein, was unter dem Wort „Rechtsstaat" zum Zeitpunkt der nationalsozialistischen Revolution unter Berücksichtigung seiner geschichtlichen Entwicklung zu verstehen ist. —

„Rechtsstaat" — so definiert W. Jellinek — ist „der Verfassungsstaat mit möglichst rechtssatzmäßiger und möglichst gebundener Verwaltung, in dem auf Grund möglichst genauer gesetzlicher Ermächtigung mittels förmlicher Verwaltungsakte verwaltet und der Rechtsschutz durch Gerichte ausgeübt wird, die als solche und deren Mitglieder persönlich

von den verwaltenden Behörden unabhängig sind" [51]). Weitere Beispiele derselben Auffassung über das Wesen des Rechtsstaates ließen sich beliebig vermehren. Immer wieder begegnet man den Prinzipien der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, des justizförmigen Rechtsschutzes und der Dreiteilung der Gewalten. — Nun ist es nicht so, daß diese genannten Prinzipien von gleichem Rang und gleicher Bedeutung wären. Im Mittelpunkt steht zweifellos der Gedanke der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Der justizförmige Rechtsschutz ist seinem Sinn nach nur ein Sicherungsmittel, das das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nur gewährleisten und vollenden will. Auch die Gewaltentrennung ist dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit gegenüber von nachgeordneter Bedeutung. Sie will wie der justizförmige Rechtsschutz schließlich nur sichern und vollenden. — „Gesetzmäßigkeit der Verwaltung aber in Handhabung der Militär-, Finanz-, Polizei- und Enteignungsgewalt, der Aufsichtsgewalt über Gemeinden, Kirche und Genossenschaften, der Disziplinargewalt über Beamte — damit ist nicht das Ganze, aber das Fundament des Vorstellungskomplexes genannt, den uns heutigen das Wort Rechtsstaat auslöst" [52]), — sagt Thoma und bestätigt damit das oben Gesagte.

Die Forderung nach Gesetzmäßigkeit der Verwaltung aber ist letztlich Ausfluß des Gedankens, daß das Verhältnis zwischen Regierenden und Regierten sich nicht über das Recht stellt, sondern in das Recht hinein [53]). Das besagt, daß auf dem Gebiet staatlicher Tätigkeit der Einzelmensch „schonend, d. h. nur im Umfang der rechtlich geregelten Machtgrenze, nicht nach Willkür behandelt werden muß. Und diese Bedingung kann vom Staat erfüllt oder vernachlässigt werden, ganz gleichviel. ob die Tätigkeitssphäre der Gesamtheit groß ist oder beschränkt" [54]).

So scheint uns die bekannte Erzählung vom Müller von Sanssouci — aus der zweifellos echt deutsches Rechtsempfinden spricht [55]) — die beste Illustration dessen zu sein, was den Kern des überkommenen Rechtsstaatsbegriffs ausmacht [56]).

---

51) W. Jellinek a.a.O. S. 92.

52) Thoma, Rechtsstaatsidee S. 197.

53) vgl. dazu Bähr a.a.O. S. 2 und W. Merk, vom Werden und Wesen des deutschen Rechts S. 54: „durch die fortschreitende gesetzliche Regelung der Tätigkeit der Verwaltungsbehörden im 19. Jahrhundert ist die staatl. Verwaltung wieder eine an das Recht gebundene Tätigkeit geworden." Vgl. denselben, Deutsche Rechtserneuerung a.a.O. S. 263 und O. Gierke, Johann Althusius S. 264 ff.

54) Richard Schmidt a.a.O. S. 188.

55) vgl. die Ansicht Hermann Görings über die Gestalt des Michael Kohlhaas und die Erzählung vom Müller von Sanssouci a.a.O. S. 10.

56) Wenn Friedrich der Große als unumschränkter Herrscher — worauf W. Jellinek hinweist (a.a.O. S. 81) — dem Müller nach dem damaligen rechtlichen Grundsatz „dulde und liquidiere" (nach der späteren Formulierung O. Mayers) die Mühle wegnehmen konnte, und die Antwort des Müllers: „ja, wenn es nicht das Kammergericht in Berlin gäbe" daher ins Reich der Legende zu zählen ist, so spricht diese Tatsache nicht gegen, sondern gerade für die deutsche Art der Erzählung.

III. Die „Gesetzmäßigkeit" der Verwaltung und das Wesen des Rechts.

1. Wir hatten gesagt, daß die Forderung nach Gesetzmäßigkeit der Verwaltung letztlich Ausfluß des Gedankens sei, daß das Verhältnis Staat — Einzelperson ein solches des Rechts sein soll. Zur näheren Veranschaulichung dieses Gedankens soll, soweit dies im Rahmen dieser Arbeit nötig und möglich ist, im folgenden auf das Wesen des Rechts selbst eingegangen werden[57]).

Recht ist Ordnung des Gemeinschaftslebens, es ist Richtschnur für das Leben einer Gemeinschaft[58]). — Der innere Geltungsgrund einer Richtschnur kann nun ein verschiedener sein. — Es gibt Normen, die maßgeblich sind um ihres unmittelbar gerechten Inhaltes, um ihres „Soseins" willen: „Du sollst nicht töten" ist z. B. eine solche Norm.

Was aber gerecht genannt werden kann, ist je nach Volk und Zeit verschieden. — Gewiß, man wird feststellen können, daß ein Teilgebiet dessen, was die Gerechtigkeit fordert, zu allen Zeiten und bei allen Völkern dasselbe ist. So kann die obengenannte Norm „Du sollst nicht töten" als unabhängig von Zeit und Volk angesehen werden. Darüber hinaus aber entscheidet der „Volksgeist"[59]), der „Urnomos"[60]) eines Volkes darüber, was gerecht ist. —

Den Gegensatz zu diesen Normen, die um ihres gerechten Inhaltes willen, um ihres „Soseins" willen, Geltung beanspruchen, stellen Normen dar, die einfach schon wegen ihres „Daseins" ihren Zweck erfüllen, ohne daß sie aus einer bestimmten Gerechtigkeitsvorstellung heraus geboren wären. Die Norm „Rechts fahren" darf Geltung beanspruchen, nicht weil die Norm „links fahren" die ungerechtere wäre — sondern weil sie einfach wegen ihres Daseins einen Wert der Ordnung und der Sicherheit darstellt[61]), der ebenso wie der Wert der Gerechtigkeit dem Rechte wesenhaft ist. — Die reine Gerechtigkeitsnorm und die reine Ordnungsnorm sind die beiden Pole, zwischen denen sich alle Normen ihrem Wesen nach bewegen.

Auch wenn man den „Volksgeist", „den Urnomos" entscheiden läßt über das, was gerecht ist, kann es noch verschiedene Anschauungen geben über das, was gerecht ist. — Nicht immer ist die Gerechtigkeitswertung möglich nach der klaren Unterscheidung gut oder schlecht — dem Volke nützlich oder dem Volke schädlich. Da aber andererseits das Ordnungsbedürfnis, wie es sich in jeder Gemeinschaft bemerkbar macht, eine klare Regelung verlangt, muß eine Norm entscheiden, was als gerecht gelten soll. — Hier tritt die Verbindung von Gerechtigkeitswert und Ordnungs-

---

57) v. z. folgendem G. Radbruch a.a.O. S. 171 ff. vgl. Herrfahrdt, Revolution und Rechtswissenschaft, S. 14 ff. E. Jung, Problem des natürlichen Rechts, S. 112 ff.

58) Über die Bedeutung der C. Schmittschen Unterscheidung von Norm und konkreter Ordnung soll an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden (S. dazu Näheres S. 34 ff.).

59) Lange a.a.O. S. 23.

60) Tartarin-Tarnheyden, Werdendes Staatsrecht S. 19.

61) vgl. hierzu Radbruch a.a.O. S. 172.

wert, von „Inhaltswert" und „Formwert"[62]) am deutlichsten zu Tage. Wir sprachen von dem Ordnungswert, der dem Rechte wesenhaft sei. Was ist darunter, näher betrachtet, zu verstehen?

Das Leben eines Volkes ist undenkbar ohne feste Regeln, nach denen es sich vollzieht[63]): Die psychologische Seite der Regelhaftigkeit ist für den Regelunterworfenen die Voraussehbarkeit. Je mehr die Beachtung der Regeln gesichert ist, um so sicherer kann dieser voraussehen, welchen Gang die durch Regeln geordneten Lebenserscheinungen nehmen, um so sicherer kann er voraussehen, daß sein eigenes Handeln bei Beachtung bestimmter Regeln zu einem bestimmten zu erreichenden Ziele zu führen vermag. — Die Voraussehbarkeit stellt einen nicht wegzuleugnenden Wert dar. Sie ist die Voraussetzung jeder menschlichen Unternehmungslust; ein blühendes Wirtschaftsleben ist ohne sie einfach undenkbar. In der Voraussehbarkeit kommt der Kern dessen zum Ausdruck, was man Rechtssicherheit nennt[64]). — Eine Abweichung von dieser auf Regeln beruhenden Ordnung wirkt für den, der auf sie vertraut und demgemäß sein Handeln einrichtet, ungerecht. Selbst dann kann ein solches Abweichen als ungerecht empfunden werden, wenn im Einzelfall unmittelbare Billigkeitserwägungen für das Abweichen von der Regel sprechen[65]). Hier zeigt sich, daß der in der Voraussehbarkeit, in der Rechtssicherheit liegende Ordnungswert ein Faktor der Gerechtigkeit ist. — Das ist die sogenannte „Gerechtigkeit in der Positivität"[66]). Mögen auch oft Rechtssicherheit und unmittelbare Gerechtigkeit sich widersprechen, sie sind doch beide Faktoren eines „umfassenderen Gerechtigkeitsideals"[67]). Recht ist Ordnung des Gemeinschaftslebens; es ist seine erste und einfachste Aufgabe, im Rahmen dieses „umfassenderen Gerechtigkeitsideals" Rechtssicherheit zu schaffen; es erfüllt diese Aufgabe immer, auch da, wo die Frage nach inhaltlicher Gerechtigkeit keine Rolle spielt oder entfernt liegt. — Die andere Aufgabe liegt in der Verwirklichung inhaltlicher Gerechtigkeit[68]).

---

62) Diese Bezeichnungen gebraucht Herrfahrdt, Rev. und Rechtsw. S. 19 ff.

63) vgl. Hermann Göring a.a.O. S. 6 und Koellreutter, „Die Verwaltungsakademie" Bd. I, Gruppe 2, Beitrag 15, S. 7 und der nationale Rechtsstaat S. 21.

64) Das Wesen der Rechtssicherheit faßt Herrfahrdt im einzelnen in folgenden 3 Punkten zusammen:

1. Voraussehbarkeit der Rechtsfolgen.
2. Schaffung klarer endgültiger Rechtslagen zwischen den Parteien.
3. Verhinderung von Willkür oder auch nur des Scheines von Willkür (Lücken im Gesetz S. 23—27).

Wir fassen hier alle 3 Punkte unter Voraussehbarkeit im weiteren Sinne zusammen, denn auch die Schaffung endgültiger Rechtslagen und die Verhinderung von Willkür trägt dem Voraussehbarkeitsbedürfnis Rechnung. — Vgl. über den Wert der Rechtssicherheit auch Herman Göring a.a.O. S. 7.

65) Jung, Problem des natürl. Rechts, S. 127.

66) Radbruch a.a.O. S. 172 ff. vgl. Jung a.a.O. S. 116, 122 und 123.

67) Radbruch a.a.O. S. 178.

68) Im Hinblick auf das Verhältnis von Gerechtigkeit und Rechtssicherheit sagt Radbruch über das Recht, es sei „Gemeinschaftsregelung im Dienste der Gerechtigkeit, es hat zum entfernteren Zweck die Gerechtigkeit aber eben

Wir sprachen bisher von Rechtsnormen im allgemeinen. Was aber bedeutet die Gesetzmäßigkeit in diesem Zusammenhange?

2. Die Gesetzesnorm erscheint zweifellos in einer Zeit der Kodifikationen als die wichtigste Rechtsnorm. — Aber Gesetzmäßigkeit kann nicht schlechthin gleich Rechtmäßigkeit gesetzt werden.

Einmal hat das Gesetz die Aufgabe, das Recht in seiner unmittelbaren Gerechtigkeit in eine klare Form zu kleiden; insoweit ist es bloß Sprachrohr des Rechts. Die Norm „Du sollst nicht töten" ist unabhängig von jedem Gesetz. Sie gilt schlechthin um ihres Inhalts willen; der umgekehrte Satz „Du darfst töten" könnte auch durch ein Gesetz nicht zum Recht erklärt werden. — Die Norm, die Verteidigung gegen einen rechtswidrigen Angriff gestattet, gehört beispielsweise ebenfalls hierher. Ein Gesetz, das Notwehr verbietet, würde kein Recht schaffen können. Und in einem Staatswesen, das die Einzelperson nur als Glied der übergeordneten Gesamtheit des Volkes anerkennt, gibt es, um ein weiteres Beispiel anzuführen, ein allgemeines Notstandsrecht, das dem Staat im Falle der Not erlaubt, zu Gunsten der Gesamtheit in den Interessenkreis der Einzelperson einzugreifen, auch dann, wenn kein Gesetz dieses Notstandsrecht festgelegt hat. Ein Gesetz könnte nur deklaratorisch wirken. —

Zum anderen liegt die weitere Aufgabe des Gesetzes in seiner Ordnungsfunktion. Es setzt dem Streit der verschiedenen Gerechtigkeitsanschauungen selbstherrlich ein Ende und sorgt durch Aufstellung von bestimmten Regeln für die notwendige voraussehbare Abwicklung der Lebensvorgänge. — Je mehr es sich also bei Gesetzesnormen um unmittelbare Gerechtigkeitsnormen handelt, um so eher kann man sagen, daß das Recht etwas vom Gesetz Unabhängiges ist, je mehr eine Gesetzesnorm reine Ordnungsnorm ist, um so abhängiger ist das Recht vom Gesetz. —

Nun ist es richtig, daß es Fälle gibt, wo die Anerkennung der Gesetzmäßigkeit im Einzelfall ungerecht erscheint, weil unmittelbare Billigkeitserwägungen gegen die Gesetzmäßigkeit sprechen. Eine Abweichung von der Gesetzmäßigkeit kann aber auch hier nur dann in Frage kommen, wenn die durch die Anerkennung der Gesetzmäßigkeit entstehende Härte ungleich größer sein würde als die durch die Abweichung von der Gesetzesnorm als einer Regel, auf die man sich verlassen kann, entstehende Unbilligkeit[69]). Solche Fälle dürften die Ausnahme bilden, da das Gesetz alle nur möglichen bedeutsamen Fälle in Betracht zu ziehen pflegt. — Ein Zweifel an dem Wert der Gesetzmäßigkeit kann dadurch nicht entstehen.

Es ist auch richtig, daß es Zeiten gibt, — man denke an die Zeiten revolutionärer Umgestaltung in einem Volke, — in denen unmittelbare

---

als Gemeinschaftsregelung, zum näheren Zweck die Rechtssicherheit, die Aufgabe, eine überindividuelle Ordnung irgendwelcher Art zu schaffen, um so den Streit der individuellen Gerechtigkeitsanschauungen durch eine authentische Entscheidung praktisch zu erledigen. Jene entferntere Aufgabe erfüllt das positive Recht nur im Falle seiner inhaltlichen Richtigkeit, diese nähere dagegen immer, eben durch seine Positivität". Siehe Radbruch a.a.O. S. 172.

69) vgl. Jung, Das Problem des natürlichen Rechts S. 127 ff.

Gerechtigkeit einer neuen Zeit mit so elementarer Wucht zum Durchbruch kommt, daß weitere Gesetzmäßigkeit größte Unrechtmäßigkeit bedeuten würde. — Es ist verständlich, daß solche Zeiten, in denen das Recht sich gegen das Gesetz — vielleicht unter dem Kampfruf vom ewigen wahren Recht — erst durchsetzen mußte, zu einer Geringschätzung des Ordnungswertes der Gesetze neigen. In Wirklichkeit kann aber keine Revolution, wenn sie erst einmal siegreich gewesen ist, und eine Versöhnung stattgefunden hat zwischen unmittelbarer Gerechtigkeit und Gesetz, auf die Gesetzmäßigkeit verzichten. Daß in einer Voraussehbarkeit gewährenden Ordnung die nicht ersetzbare Entfaltung schöpferischer Kräfte des einzelnen Ordnungsunterworfenen einen besonderen Antrieb erhält, ist eine Tatsache, die mit Weltanschauung und Politik nichts zu tun hat, sondern tief in der allgemeinen menschlichen Natur begründet liegt, und dieser Tatsache wird auch eine Revolution um des Wohles des Volkes willen Rechnung tragen. — Die weitere hervorragende Aufgabe des Gesetzes wird es sein, der Revolution als Künder neuer Gerechtigkeitswertung zu dienen.

Indem somit die Gesetzmäßigkeit dem Ordnungswert des Rechts (Rechtssicherheit) stets und in der Regel zum mindesten auch dem Inhaltswert des Rechts (unmittelbare Gerechtigkeit) dient, ist sie auch heute wesentliches Element des Rechtsbegriffes. — So ist es Aufgabe des Gesetzes, in gleicher Weise der Gerechtigkeits- wie der Ordnungsverwirklichung zu dienen. Nur die eine oder die andere Aufgabe zu sehen, hieße einem unheilvollen Extrem huldigen. Wer den Wert des Gesetzes im Ordnungswert erschöpft sein läßt, huldigt einem gefährlichen Gesetzespositivismus, der, um Unbilligkeiten zu vermeiden, zwar Analogie zulassen mag, der aber jede außerhalb des Gesetzes stehende unmittelbare Gerechtigkeitsnorm ablehnen muß, und darum der Entwicklung der Gerechtigkeitsanschauung nicht Rechnung tragen kann[70]. — Wer dagegen den Wert des Gesetzes nur anerkennt, soweit es unmittelbare Gerechtigkeit zu verwirklichen vermag, huldigt einer ebenso verfehlten freien Rechtsschöpfung naturrechtlicher Prägung, die — mag sie das Beste wollen — zur größten Rechtsunsicherheit führen muß. Der goldne Mittelweg hat hier nichts mit faulem Kompromiß zu tun, er gibt hier die allein mögliche Richtung an[71].

Unmittelbare Gerechtigkeit und Rechtssicherheit sind die beiden Pole, zwischen denen sich das Rechtsleben eines Volkes abspielt. Beide müssen in ein harmonisches Verhältnis zueinander gebracht werden, soll das Leben eines Volkes von Erschütterungen verschont bleiben. — Das bedeutet aber nicht, daß dieses harmonische Verhältnis von unmittelbarer Gerechtigkeit und Rechtssicherheit immer dieselbe Struktur aufweisen muß. Zwischen der goldnen Mitte gleichmäßiger Betonung beider Prinzipien und der zur Unordnung führenden Überbetonung des einen Prin-

---

70) vgl. Jung, Von der logischen Geschlossenheit des Rechts, S. 23 ff. in seiner Stellungnahme gegen den Gesetzespositivismus.

71) vgl. Jung, der die richtige Mitte hält, s. u. a. das Problem des natürlichen Rechts S. 127 ff.

zips auf Kosten des anderen liegen für die Aussöhnung beider Prinzipien verschiedene Lösungsmöglichkeiten, ohne daß die Harmonie gestört zu werden braucht, — sei es, daß in diesem Lebensabschnitt eines Volkes die Rechtssicherheit gegenüber der unmittelbaren Gerechtigkeit eine Bevorzugung erfährt, sei es, daß in einem anderen Abschnitt die unmittelbare Gerechtigkeit mehr betont wird. Auf diese verschiedene Betonung beider Prinzipien innerhalb eines harmonischen Einklangs beider Prinzipien ist es zurückzuführen, daß gleich fruchtbare und gleich wertvolle Lebensabschnitte in der Rechtsgeschichte eines Volkes eine verschiedene Prägung erhalten. Dies zu erkennen, ist notwendig, um Zeiten, die ein anderes Gesicht trugen wie die heutige Zeit, richtig würdigen zu können. — —

Gilt nun das bisher Gesagte auch für das Verhältnis Staat-Einzelperson? — In einer Zeit, die bewußt mit allem Nachdruck betont, daß der Staat eine über der Einzelperson stehende Größe ist, liegt der Gedanke nahe, die Gestaltung der Beziehungen des Staates zur Einzelperson dem Staate zu überlassen, der aus den unmittelbaren Gerechtigkeits- und Zweckmäßigkeitserwägungen des Einzelfalles heraus seine Entscheidung zu treffen hat. Diese Lösung ist zweifellos ideal zu nennen. Nur geht sie von der ebenso idealen Voraussetzung aus, daß die Personen, ohne die der handelnde Staat undenkbar ist, sich immer nur von reinen Gerechtigkeitsgesichtspunkten leiten lassen, ein Zustand, der in Anbetracht der menschlichen Natur sich nicht ganz verwirklichen lassen wird. Sie geht weiter stillschweigend von der Voraussetzung aus, daß in allen Fällen die Entscheidungen getroffen werden können nach der klaren Unterscheidung von gerecht oder ungerecht — von zweckmäßig oder unzweckmäßig. In jedem Falle, wo die eine Entscheidung genau so gerecht und zweckmäßig sein kann wie die andere entgegengesetzte Entscheidung, führt jenes Prinzip der unmittelbaren Gerechtigkeitsentscheidung zu der Möglichkeit, daß in gleich gelagerten Fällen verschiedene Entscheidungen getroffen werden können. Derjenige aber, der etwas unternimmt in der Erwartung, die gleiche Behandlung zu erfahren, wie jemand anders in einem gleichgearteten Falle vorher, würde eine abweichende Entscheidung als ungerecht empfinden, und mag das Verwaltungsorgan, das entschieden hat, noch so sehr von der unmittelbaren Gerechtigkeit seiner Entscheidung überzeugt sein. — Und wenn man dem durch diese Entscheidung Enttäuschten erklären würde, bei dem Prinzip der unmittelbaren Gerechtigkeitsentscheidung könne er nur auf gerechte, nicht aber auch auf regelhafte Entscheidung rechnen, — so glauben wir, ihn antworten zu hören, daß gerade in der Möglichkeit unregelmäßiger Entscheidungen etwas Ungerechtes liege. Jenes Prinzip läßt eben keine sichere Voraussicht zu, es leugnet jedes Berechenbarkeitsbedürfnis und zerstört damit die Grundlagen für eine gesunde Lebensentwicklung des Volkes.

Es ist selbstverständlich, daß sich das Ideal der Rechtssicherheit trotz aller Fortschritte der Gesetzestechnik nie ganz verwirklichen lassen wird, — dafür ist das Leben zu kompliziert. Es ist natürlich weiterhin zu bedenken, daß es Teilgebiete staatlicher Verwaltungstätigkeit gibt, die ihrem Wesen nach einfach nicht so geregelt werden können, daß alle Entschei-

dungen voraussehbar sind. Man denke beispielsweise an die Tätigkeit der Polizei als Abwehr von Störungen der Sicherheit und Ordnung. — Es ist auch hier zu bedenken, — wie es bereits hinsichtlich der Gesetzmäßigkeit im allgemeinen gesagt wurde [72]), — daß unmittelbares Gerechtigkeitsempfinden ein Abweichen von der Regel verlangen kann, da die Härte, die in dem Nichteinhalten der Regel liegt, einfach zurückzutreten hat. Allein alle diese Erwägungen vermögen nicht an dem Wert der Gesetzmäßigkeit zu rütteln.

IV. Die Anfänge der „Gesetzmäßigkeit der Verwaltung" im preußischen Absolutismus. Die Bedeutung der „Instruktionen".

Es ist in diesem Zusammenhange interessant festzustellen, daß der in der Gesetzmäßigkeit liegende Wert der Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit nicht erst eine Entdeckung des „liberalistischen" 19. Jahrhunderts ist, was man auf Grund der Darstellungen der Gegner des Rechtsstaatsbegriffes annehmen könnte, — sondern daß diesem Wert bereits im preußischen Absolutismus Friedrich Wilhelms I. und Friedrichs des Großen Beachtung geschenkt worden ist [73]). Es verlohnt sich bei diesem Punkte zu verweilen [74]).

Der Polizeistaat des Absolutismus hatte den älteren Justizstaat abgelöst. Der ältere Justizstaat kannte keine einheitliche Staatsgewalt, er kannte nur eine Summe von Hoheitsrechten, auf die sich der Landesherr bei seiner Verwaltungstätigkeit den Untertanen gegenüber berufen mußte. — Der Polizeistaat demgegenüber kennt nur noch eine einheitliche, hoheitlich wirkende Staatsgewalt, der gegenüber sich der Untertan in einem Verhältnis absoluter Unterworfenheit befindet. Was der Landesherr will, ist verbindlich. In Edikten, Patenten, Dekreten, Reskripten, Instruktionen und unter anderen Bezeichnungen bringt er seinen Willen zum Ausdruck. — In vermögensrechtlicher Hinsicht verlangte die „Fiskustheorie" von ihm, den Untertan zu entschädigen, wenn in dessen Rechte eingegriffen wurde. Aber abgesehen davon, hatte dem Untertan gegenüber die Macht des Landesherrn keine Grenzen. — „Dulde und liquidiere" [75]), darin kommt treffend die Lage des Untertanen zum Ausdruck.

Der Landesherr überträgt seine Macht auf seine Beamten. Soweit ihr Betätigungskreis reicht, sind diese den Untertanen gegenüber rechtlich

72) s. S. 13.

73) vgl. Herrfahrdt, Werden und Gestalt a.a.O. S. 43 ff. Es sei in diesem Zusammenhange auf die Worte Triepels hingewiesen: „Heute wird mit dem Wort „liberal" ein wahrer Mißbrauch getrieben. Viele Rechtsgedanken, die der Liberalismus stark betont, und organisatorisch entwickelt hat, ja die allerwertvollsten sind garnicht typisch liberal, sie sind viel älter als der Liberalismus, sie haben die Zeit des Liberalismus überlebt, und sie werden uns überleben". (Veröffentl. d. Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer Heft 7, S. 197).

74) Vgl. zu folg. Otto Mayer a.a.O. S. 38 ff. Hatschek a.a.O. S. 1 ff., W. Jellinek, S. 77 ff. a.a.O., v. Köhler a.a.O. S. 40 ff.

75) Vgl. O. Mayer a.a.O. S. 53 Anm. 27.

unbeschränkt, wie der Landesherr selbst. Der Beamte ist „ein Fürst im kleinen" [76]).

Bei oberflächlicher Betrachtung muß es so scheinen, als ob in einer solchen Zeit der Untertan auf Gedeih und Verderb auf das unmittelbare Gerechtigkeitsgefühl des einzelnen Beamten angewiesen gewesen sei, und damit im Polizeistaat des Absolutismus von sicherer Voraussicht keine Rede sein könne. Dem ist aber nicht so.

Nachdem erst einmal der Absolutismus sich seine Macht gegen ständische Reaktion gesichert hatte, ordnete er seine Verwaltung. Der Beamte erhielt für seinen Dienst ganz bestimmte Anweisungen. Diese Anweisungen mögen zuerst wenig systemvoll und wechselnd gewesen und ihre Einhaltung mag nicht genügend überwacht worden sein [77]). Ein Verwaltungsgenie wie der Soldatenkönig schuf hier Wandel. — Bis in alle Einzelheiten wurde der Tätigkeitsbereich der Beamten durch „Instruktionen" oder durch unter anderer Bezeichnung ergehende Anordnungen geregelt. Diese Instruktionen waren Verwaltungsnormen — keine Rechtsnormen [78]). Der Untertan konnte sich auf sie nicht berufen. Wenn nur der Landesherr damit einverstanden war, konnte der Beamte davon abweichen. Aber der König sorgte eben für strikteste Einhaltung. Den Vorgesetzten und Aufsichtsbehörden wurde strengste Überwachung ihrer Einhaltung befohlen. „Plackereien, Sudeleien, Sportulieren" sollten mit Stumpf und Stiel ausgerottet werden [79]).

Wenn auch die Publikation der Instruktionen, die reine Zweckmäßigkeitsfrage war, nicht immer erfolgte, war doch mit ihrer regelmäßigen Befolgung durch die Beamten auch ihre Kenntnis bei den Untertanen verbunden. So waren die Instruktionen ein Ordnungsfaktor ersten Ranges [80]). Indem der Untertan auf ihre Einhaltung vertrauen konnte, bewirkten sie die Voraussehbarkeit staatlicher Verwaltungstätigkeit. So kam die Verwaltungsordnung mit der Zeit, — je zuverlässiger sie gehand-

---

76) Vgl. Schmoller, Zeitschr. f. preuß. Geschichte 1874, S. 564 „Steuerräte waren im kleinen, was der König im großen war".

77) Vgl. Bornhak, Preuß. Staats- und Rechtsgeschichte S. 204 und Acta Borussica I, S. 122, 135.

78) Vgl. O. Mayer, S. 44, Hatschek a.a.O., S. 2 v. Köhler a.a.O. S. 40. Von der üblichen Unterscheidung zwischen Verwaltungsnorm und Rechtsnorm abzuweichen, liegt kein Grund vor. Daß Kelsen (Arch. öff. R. Bd. 31, S. 68 ff.) die Instruktionen als Rechtsnormen ansieht, kann nicht wundernehmen, wenn man bedenkt, daß für Kelsen der Staat ein System gleichgearteter Normen ist.

79) vgl. Instruktion für das General-, Ober-, Finanz-, Kriegs- und Domänen-Direktorium vom 20. Dez. 1722 „Alle Sudeleien aber müssen gänzlich ausgerottet und abgeschafft werden" Art. I § 16, Altmann a.a.O. I. Teil, Nr. 64. — vgl. weiter Notifikation wegen abzustellender Accise-Plackereyen v. 22. 11. 1728, Mylius IV. Teil, II. Abt., II. Kap.

80) Interessant die Äußerung Bornhaks a.a.O. S. 151, der die obengenannte Instruktion für das G.-O.-F.-Kr. u. Domänen-Direktorium v. 20. 12. 1722 als die Verfassungsurkunde des absoluten Beamtenstaates bezeichnet.

habt wurde, in ihrer Wirkung fast einer unverbrüchlichen Rechtsordnung gleich[81]).

Es lag nur innerhalb dieser Entwicklung, wenn im Allgemeinen Landrecht dann nicht nur privates Recht, sondern auch öffentliches Recht kodifiziert wurde. An die Stelle von Verwaltungsnormen und neben sie traten richtige Rechtsnormen, auf die sich der Untertan berufen konnte, die also gesteigerte Sicherheit und Voraussehbarkeit gewährleisteten. —

Um ein weiteres Zeichen dafür anzuführen, wie sehr im Absolutismus die Stetigkeit einer bestimmten Ordnung als Wert anerkannt wurde, sei auf die Einrichtung der „Gesetzkommission" — bereits vor Inkrafttreten des Allgemeinen Landrechts — im Jahre 1781 hingewiesen[82]). Im Interesse eines sicheren Rechts versprach der absolute Herrscher erst nach Beratung durch eine sachverständige Kommission neue Gesetze zu erlassen, — eine direkt modern anmutende Institution. Allerdings konnte sich der Herrscher von dieser Selbstbeschränkung jederzeit befreien, immerhin kommt in dieser Einrichtung deutlich die Anerkennung des Wertes einer bestehenden Ordnung zum Ausdruck. Was einmal galt, sollte nicht so ohne weiteres geändert werden. — Es ist schließlich nur Ausdruck desselben Gedankens, wenn dann im ALR dem Gesetz in gewisser Hinsicht eine Vormachtstellung eingeräumt wurde[83]).

Die Anerkennung des Wertes einer Voraussehbarkeit gewährenden Ordnung durch den Absolutismus festzustellen, ist vor allem deshalb bedeutungsvoll, weil diese Anerkennung nicht als schwächliche Konzession an die Untertanen aufgefaßt werden kann. Im Absolutismus war Endziel aller staatlichen Tätigkeit Macht und Glanz des Staates selbst. Zur Erreichung dieses Zieles hatte sich der gesamte Verwaltungsapparat des Landesherrn einzusetzen. Auch die Sorge um die strikte Einhaltung von Verwaltungsregeln war durch die Sorge um das Wohl des Staates selbst bedingt. Wenn es dem Staate, der Krone gutgehen sollte, dann mußte die Leistungsfähigkeit des Untertanen gefördert werden. Die Wirtschaft des Untertanen konnte aber nur gedeihen, wenn sie sich in festen Bahnen bewegen konnte. So war die Voraussehbarkeit in der Verwal-

---

81) Darum sollte man den absoluten Staat nicht immer als Gegenbild zum Rechtsstaat sehen, wie das beispielsweise O. Mayer tut. (vgl. Verw. Recht I S. 45, Anm. 15). — R. Gneist, (die nat. Rechtsidee a.a.O. S. 95) und R. Mohl (Enc. S. 101) bezeichnen ihn geradezu mit „Rechtsstaat". — Zwar mag man den absoluten Staat „Rechtsstaat" nennen, insofern als er nie Despotie gewesen ist, also nie ein Staat, in dem der „augenblickliche Wille des Herrschers für ihn und für andere der einzige Gegenstand des organisierten Zusammenlebens ist". (Mohl Enc. S. 371). Auch der absolute Staat sah sich als Vollstrecker höherer Gerechtigkeitswerte an. Andererseits war aber bei Beibehaltung der bisherigen Terminologie — das Verhältnis von Staat und Untertan nicht durch eine Rechtsordnung geregelt. Man wird deshalb gut tun, den absoluten Staat als „unausgebildeten Rechtsstaat" zu bezeichnen. s. R. Schmidt a.a.O. S. 214 vgl. auch Herrfahrdt, Werden und Gestalt a.a.O. S. 43 und Hofacker, Staatsverw. a.a.O. S. 47.

82) vgl. Bornhak a.a.O. S. 260 ff.

83) vgl. W. Jellinek a.a.O. S. 83. Man denke in diesem Zusammenhang z. B. an § 85 Einleit. ALR, wonach Handlungen und Begebenheiten pflichtbegründende Wirkung allein kraft gesetzlicher Bestimmung haben.

tung eine Forderung praktischen Nützlichkeitssinnes, der der gegenseitigen Abhängigkeit von Staatswohl und dem Wohlbefinden des einzelnen Rechnung trug [84]).

Und noch eins mag die Betonung des Wertes der Voraussehbarkeit durch den preußischen Absolutismus zeigen: In der Staatsrechtslehre pflegte man die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in einem Atemzuge mit dem Prinzip der Dreiteilung der Gewalten zu nennen, so daß man annehmen konnte, daß das eine Prinzip ohne das andere keine Bedeutung habe [85]). Gewiß — beide Prinzipien lassen sich als Postulate einer Einstellung zum Staat hinstellen, der die Sicherung des Bürgers vor der Allmacht des Staates höchstes Ziel ist. Für diese Einstellung mag die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung erst dann einen Sinn haben, wenn auch der obersten ausführenden Gewalt für ihr Handeln durch eine unabhängige gesetzgebende Gewalt bestimmte Normen vorgeschrieben werden. — In Wirklichkeit haben beide Prinzipien eine selbständige Bedeutung [86]). Man muß bedenken, daß die ausführende Gewalt doch in einer reich gestuften Vielheit von Trägern staatlicher Macht, nur selten in ihrer obersten Spitze dem Bürger gegenübertritt. — Auch dann, wenn, wie im Staat des Absolutismus und im nationalsozialistischen Staat, die oberste Spitze der ausführenden Gewalt gleichzeitig oberster Gesetzgeber ist, bleibt die Möglichkeit, hinsichtlich der unteren Träger staatlicher Macht die Bindung an das Gesetz als eine Voraussicht gewährende, unverbrüchliche Regel als Wert anzuerkennen.

V. Der Wert der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung für den „völkischen Führerstaat" und die Beurteilung der den Wert des Rechtsstaatsbegriffes ablehnenden Ansichten.

1. Darum sind auch der völkische Führerstaat und Rechtsstaat keine Gegensätze: Um des Volkes willen wird der Staat des Nationalsozialismus, — den Gegebenheiten menschlichen Lebens Rechnung tragend, — darauf verzichten, immer nur „unmittelbare Gerechtigkeit" zu verwirklichen. Um des Volkes willen erkennt er den Wert der Selbstbeschränkung „der ihrem Wesen nach den Staatserfaßten gegenüber unbeschränkten staatlichen Gewalt" durch eine staatliche Rechtsordnung an [87]). So ge-

---

84) vgl. Art. VII § 1 der Instruktion für das G.-O.-F.-K.- und Domänen-Direktorium vom 20. 12. 1722. „Von was großer Importanz die Conservation der Untertanen vor jedwede Puissance sei . . . das ist mäniglich bekannt. . . . Und hat derowegen das G.-O.-F.-Kr.- u. D.Direktorium auf die Conservation unserer sämtlichen Untertanen mit großem Fleiß und Applikation treues Absehen zu richten, damit dieselben allerseits in gutem Flor und Wohlstand erhalten werden" (Altmann a.a.O. Nr. 64).

85) vgl. O. Mayer a.a.O. S. 55 ff. W. Jellinek a.a.O. S. 84 und Meifert a.a.O. S. 9 ff.

86) vgl. Herrfahrdt, Werden und Gestalt a.a.O. S. 43.
Erst Lorenz von Stein hat in aller Klarheit das Gewaltenteilungsprinzip zu einem Kennzeichen des Rechtsstaates gemacht; siehe dazu Meifert, der Begriff des Rechtsstaats a.a.O. S. 12 ff.

87) vgl. Tartarin-Tarnheyden, Werdendes Staatsrecht, S. 162.

sehen, ist es kein Mangel, wenn der Rechtsstaat „der Gegenbegriff gegen einen unmittelbar gerechten Staat“ ist. Es dürfte gefährlich sein, diese Selbstbeschränkung mit Formulierungen wie „Defekt der staatlichen Ordnungsrealität“ oder „Prinzip der Beraubung“ [88]) in Verbindung zu bringen, denen eine falsche oder zumindest unklare Vorstellung vom Wesen des Staates zugrunde liegt. — Es ist einfach, den Staat schlechthin als höchstes Wertprinzip hinzustellen, um dann jedes Prinzip, das eine Beschränkung staatlicher Macht bedeutet, als „Defekt“ zu bezeichnen. Wenn aber der Staat nicht als zentrale Größe betrachtet wird, sondern — wie das nationalsozialistischer Auffassung entspricht — das Volk, dem der Staat zu dienen hat, in den Mittelpunkt der Betrachtung gerückt wird [89]), kann ein Prinzip, das zwar eine Beschränkung des Staates darstellt, dem Volke aber nützt, nicht mehr als „Defekt“, sondern nur als Wert erscheinen. —

2. Nun ist es interessant festzustellen, daß auch Gegner des Rechtsstaatsbegriffes nicht darauf verzichten wollen, den Staat des Nationalsozialismus auf den „Grundsätzen der Gesetzmäßigkeit und der Ordnung“ [90]) aufzubauen. Aber der bisherige Rechtsstaatsbegriff ist nach ihrer Ansicht belastet durch einen Begriff der Gesetzmäßigkeit, der seinen Inhalt durch den „Liberalismus“ und „Individualismus“ des 19. Jahrhunderts erhielt und der darum den Rechtsstaatsbegriff unbrauchbar erscheinen läßt. — Im Endergebnis ist für sie die Gesetzmäßigkeit im 19. Jahrhundert jeder sachinhaltlichen Gerechtigkeit entkleidet worden. —

Nach C. Schmitt ist bereits mit der Rechtsstaatsformulierung Stahls der Rechtsstaat zum „indifferenten Gesetzesstaat“ gemacht worden [91]). — Das ist verwunderlich, denn — man mag noch so sehr davon überzeugt sein, daß die Philosophie Stahls die rassische Herkunft ihres Schöpfers nicht verleugnen kann [92]), — so bleibt es dennoch eine Tatsache, daß Stahl mit seinen extrem theokratischen Ansichten dem Staat die Erfüllung ganz bestimmter Gerechtigkeitsideale zum Ziele setzt [93]). — „Ist nun der Staat eine Gestaltung der menschlichen Lebensverhältnisse nach sittlichen Ideen, und ist das Christentum eine göttliche Erfüllung der sittlichen Ideen dieser Lebensverhältnisse, so muß von vorneherein einleuchten, daß das

---

88) siehe Kraus a.a.O.

89) vgl. Adolf Hitler, Mein Kampf, Bd. II, 2. Kap. „Der Staat ist ein Mittel zum Zweck. Sein Zweck liegt in der Erhaltung und Förderung einer Gemeinschaft physisch und seelisch gleichartiger Lebewesen ...“ a.a.O. S. 433. — Zum mindesten bedenklich die Worte C. Schmitts: „Somit ist nicht der Staat eine Konstruktion, die Menschen sich gemacht haben, er macht im Gegenteil aus jedem Menschen eine Konstruktion“ (Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen, 1917, S. 93, zitiert bei Koellreutter, R.V.Bl. 1935, S. 448).

90) C. Schmitt, JW. 1934, S. 718.

91) C. Schmitt, Was bedeutet der Streit um den Rechtsstaat? S. 193, S. 196 „Durch den Kunstgriff Stahls wurde das Recht formalisiert“.

92) vgl. darüber besonders Kraus a.a.O. S. 14 ff.

93) vgl. Gumplowicz a.a.O. S. 341.

Christentum bestimmend sein muß für den Staat"[94]). — Wenn Stahl daher sagt, „Rechtsstaat bedeutet überhaupt nicht Ziel und Inhalt des Staates, sondern nur Art und Charakter ihn zu verwirklichen", so ist nicht einzusehen, wie der Staat durch diesen Rechtsstaatsbegriff entinhaltlicht werden soll. Das wird man auch dann nicht einsehen, wenn man liest: „Dieser formale Begriff hat eben keinen Inhalt mehr, läßt aber jeden Inhalt zu. Allerdings kann er das nur unter der Bedingung, daß dieser Inhalt sich dem Normativismus der formalen Rechtsstaatlichkeit unterwirft. Das bedeutet aber näher betrachtet nichts weniger, als daß dieser Inhalt auf seine Inhaltlichkeit verzichtet und sich als Inhalt (als Religion, Weltanschauung, Sittlichkeit) aufgibt, um juristisch zu werden"[95]). Man wird die Rechtsstaatsformulierung Stahls doch dahin verstehen müssen, daß die Kennzeichnung eines Staates mit Rechtsstaat eben noch nichts sagt über seine konkreten Gerechtigkeitsideale, daß er eben nur „Art und Charakter" kennzeichnet, diese Ideale zu verwirklichen. Und was ist hiergegen zu sagen? Muß man denn von jeder Kennzeichnung eines Staates verlangen, daß sie Auskunft gibt über seine konkreten Ziele? —

Es sei hier noch vermerkt, daß Bähr, der zwar wie Gneist und andere die Rechtsstaatsformulierung Stahls gutheißt[96]), Stahl im übrigen aber nachsagt, „er führe auf kunstvoll verschlungenen Wegen von dem Ziele", das er in seiner Formulierung dem Namen nach aufstellt, „der Sache nach weitab"[97]). Man darf wohl sagen, daß Stahl zwar eine von der späteren Zeit anerkannte Formulierung geschaffen hat, sonst aber recht unklare Vorstellungen von dem hatte, was man später unter Rechtsstaatlichkeit eigentlich verstand[98]).

3. Zur weiteren Charakterisierung der Einstellung jener, die aus ihrer Stellungnahme zum Staatsdenken des 19. Jahrhunderts heraus zur Ablehnung des Rechtsstaatsbegriffs gelangen, sei im folgenden näher auf Forsthoff eingegangen. Wir können dabei in diesem Zusammenhang ohne Bedenken auch die Ansicht Langes heranziehen, da dieser — obwohl er, wie wir sahen[99]), weiterhin am Rechtsstaatsbegriff festhalten will — in der Beurteilung des 19. Jahrhunderts mit den Gegnern des Rechtsstaatsbegriffes übereinstimmt. — „Der Mensch war das Maß aller

---

94) Zitiert bei Gumplowicz a.a.O. S. 345; vgl. außerdem Stahl a.a.O. S. 155: „Ein wahrhaft sittliches Gemeinwesen kann der Staat nur sein, wenn er die Religion zur Grundlage hat. — Allein da der Staat doch ein sittliches Gemeinwesen ist, ... so muß der Staat eines christlichen Volkes sich wesentlich unterscheiden von jedem anderen, sowohl nach der Gesinnung, auf der er ruht, als auch nach den Ideen, die er realisiert".

95) C. Schmitt, Was bedeutet der Streit u. d. Rechtsstaat? S. 194.

96) vgl. Bähr a.a.O. S. 1 Gneist, der Rechtsstaat S. 16.

97) vgl. Bähr a.a.O. S 2.

98) Vgl. des weiteren Bähr a.a.O. S. 82 und Gneist a.a.O. S. 184 Anm. 5, wo es heißt, daß Stahl nicht über den Standpunkt hinauskomme, „daß ein Rechtsspruch nur über — „exemte Rechte" stattfinde, d. h. nur über Privatrechtstitel, daß im übrigen die Verwaltung nach Grundsätzen der Zweckmäßigkeit zu führen sei."

99) vgl. S. 5 ff.

Dinge", — so liest man bei Lange [100]). „Individuum und Materie waren die beiden Pole der Lebensbetrachtung". „Ewigkeitswerte verblaßten und verschwanden". — Gott, Volk, Heimat, Blut, Ehre, Pflicht wurden zu Ideen, zu Phantomen". Das Recht, das Gesetz, „ihrer Seele beraubt, waren Vollstrecker des Eigennutzes". Das Recht war nur „Summe von Gesetzen" — so und ähnlich zeichnet Lange das 19. Jahrhundert. Es ist bemerkenswert, daß Lange dann in dieser Aufeinanderfolge von Verdammungsurteilen plötzlich einhält und die Feststellung trifft, daß „das deutsche Bürgertum in der Mitte des 19. Jahrhunderts dem Verfall des Freiheitsgedankens noch tatkräftig Widerstand leistete". „Das Bürgertum war sicherlich liberal" — erklärt er — „aber es war von dem hemmungslosen Liberalismus manchesterlicher Prägung durch eine Welt getrennt [101]), und weiter gesteht Lange, daß der Rechtsstaat Otto Bährs noch von „lebendem Sinn für Gerechtigkeit" durchzogen war. — Man hält unwillkürlich inne und fragt, inwieweit diese letzten Feststellungen sich mit den zuerst gefällten Verdammungsurteilen vereinbaren lassen. Der Zweifel wird größer, wenn man weiter liest: „So lange im zweiten Reich die politischen Führerentscheidungen noch nicht von dem Kampfe eigennütziger Interessengruppen ausgeliefert waren, so lange trugen sie ihren Wert in sich" [102]). Wenn er dann den Weimarer Staat einen „Apparat in der Hand jeweiliger Machthaber" nennt, in dem der Satz „princeps legibus solutus" durch Gesetz galt" und schließlich geistreich schildert: Die Bindung des liberalen Rechtsstaates im letzten Stadium des Interessenstaates als hohlen Gesetzesstaates an das Gesetz war die „Selbstbindung eines Entfesselungskünstlers" [103]) so kann man das wörtlich unterschreiben. — Aber es bleibt nichts destoweniger der Eindruck zurück, daß er hinsichtlich des 19. Jahrhunderts zuerst den Teufel an die Wand malt, um dann sagen zu wollen, daß es ganz so schlimm doch nicht gewesen sei, und dann schließlich auf den Weimarer Staat zu sprechen kommt, der ihm wohl in allem als Gegenbild zum nationasozialistischen Staat vorgeschwebt hat. —

Ein ähnliches Bild der Darstellung bietet Forsthoff, nur mit noch krasseren Farben aufgetragen. Zuerst malt er wie Lange ganz schwarz. Der Staat des 19. Jahrhunderts, so faßt er „summarisch" zusammen, ist ein „bürokratischer Apparaturstaat", der keine Wertungen kennt, der den Menschen in den „Funktionalismus seines gesetzmäßigen und berechenbaren Ablaufes zwingt." „Dieser Staat erschöpft sich existenziell in einer Rechts- und Ämterordnung — er ist der Prototyp einer Gemeinschaft ohne Ehre und Würde" [104]). Nach diesen Feststellungen — so scheint es, besinnt sich Forsthoff auf Erscheinungen des 19. Jahrhunderts, die man nicht einfach als Unwerte abtun kann. Man hört von einer Gegenbewegung, „der politischen Inpflichtnahme des deutschen Volkes durch die allgemeine Dienstpflicht", man liest weiter, daß der

100) vgl. hierzu und zu den folgenden Zitaten Lange a.a.O. S. 6, S. 9.
101) Lange a.a.O. S. 17.
102) Lange a.a.O. S. 18.
103) Lange a.a.O. S. 19, S. 20.
104) s. Forsthoff a.a.O. S. 11, 12, 13.

Staat des 19. Jahrhunderts, der, den liberalen Grundsätzen Folge leistend, „auf ein Minimum an Herrschaft reduziert wurde", nach außen als Nation mit einem Expansionswillen auftrat, wie man ihn bisher nicht erlebt hatte[105]). Es drängt sich die Frage auf, wie die letzten Feststellungen in Einklang zu bringen sind mit den zuerst gefällten Unwerturteilen. Forsthoff glaubt die Antwort gefunden zu haben, indem er erklärt: „Die liberale Minimalisierung des Staates war nur darum möglich, weil die allgemeine Wehrpflicht den politischen Menschen die unentbehrliche Gelegenheit zum Einsatz bot"[106]). Wir vermögen einer solchen Einstellung zum Staatsdenken des 19. Jahrhunderts nicht Folge zu leisten. — Im politischen Kampf um das Dritte Reich hat das Wort „Liberalismus" eine bestimmte Beinhaltung erfahren; man verstand darunter jenes egoistische, verdammenswerte Streben nach einer Freiheit, die keine Bindungen mehr an Staat und Volk anerkennen wollte. In dieser Bedeutung wird das Wort „Liberalismus" für alle Zeiten ein Mahnwort nationalsozialistischen Kampfes sein in Vergangenheit und Zukunft. —

Mit diesem Inhalt aber das Wort „Liberalismus" schlechthin mit dem Staatsdenken des 19. Jahrhunderts in Verbindung zu bringen, muß bedenklich erscheinen.

Am Anfang dieses Jahrhunderts stand der Kampf gegen einen erstarrten Absolutismus.[107]). Man denke an einen Freiherrn vom Stein. Bauernfreiheit, Gewerbefreiheit und Selbstverwaltung waren die Ziele. Und wenn auch „Freiheit" das Kampfwort in der damaligen Zeit war, wer möchte behaupten, daß darunter eine Freiheit verstanden wurde, die keine Bindungen mehr kannte[108]). Man denke weiter an jene politische Bewegung, die mit dem Namen „Burschenschaft" aufs engste verknüpft ist[109]). Dem System Metternich war Kampf angesagt worden. Das Ziel war ein freies Volk in einem einigen Reich aller Deutschen[110]). Man darf getrost sagen, daß die Besten des Volkes auf ihrer Seite standen. Es war die Jugend, die, wie so oft in der Geschichte unseres Volkes, dem Volke seine politische Marschrichtung wies, und wer möchte behaupten, daß nicht die Jugend von heute als Jugend von damals dieselben politischen Ziele auf ihre Fahnen geschrieben hätte[111]). Jene junge Bewegung kämpfte für die Anerkennung des Wertes der Einzelpersön-

---

105) derselbe S. 15.

106) derselbe S. 16.

107) vgl. Schwemer a.a.O. Kap. III. „Liberalismus".

108) vgl. Wolf a.a.O. S. 403 ff., der Stein, Scharnhorst und Humboldt „liberale Männer" nennt und mit Recht von einem „Deutschliberalismus" im Gegensatz zu einem fremden, alle Bindungen leugnenden Liberalismus spricht.

109) vgl. Schnabel a.a.O. S. 234 ff.

110) „Die Sehnsucht nach Kaiser und Reich ist ungeschwächt in der Brust jedes frommen und ehrlichen deutschen Mannes und Jünglings" heißt es in den Grundsätzen und Beschlüssen der Urburschenschaft vom 18. Oktober 1818 (zitiert im Vermächtnis der Urburschenschaft 1929 S. 140).

111) Man denke bei dieser Gelegenheit an die feierliche Überführung der Burschenschaft in den NSDStB auf der Wartburg am 18. Oktober 1935.

lichkeit — ihr Kampfruf hieß Freiheit und konnte in der damaligen geschichtlichen Situation nicht anders lauten, insofern mag man diese Bewegung auch „liberal" nennen. Aber neben dem Wort „Freiheit" standen Vaterland, Wehrhaftigkeit, Ehre. Dieser „Deutschliberalismus" war weit davon entfernt, ungebunden, egoistisch oder auch nur wertneutral zu sein [112]). Am Anfang jenes Jahrhunderts stand die Sehnsucht nach einem freien Volke in einem einigen deutschen Reich. Das letzte Drittel dieses Jahrhunderts erlebte durch Bismarck die Erfüllung dieser Sehnsucht, — in einem Staat, der einen „Expansionswillen", einen Willen zur Geltung, zur Macht kennt, wie ihn nur ein gesundes und starkes Staatswesen aufbringen kann. — Man vergesse nicht, daß das Staatsdenken des 19. Jahrhunderts Pate gestanden hat bei einer wirtschaftlichen Entwicklung von nie erlebtem Ausmaße und übersehe schließlich nicht, daß es doch Kinder des 19. Jahrhunderts waren, die im Weltkrieg der Welt ein Beispiel an Opferbereitschaft ohne gleichen geboten haben. — Wenn Forsthoff glaubt sagen zu müssen, daß „die liberale Minimalisierung des Staates nur darum möglich war, weil die allgemeine Wehrpflicht dem politischen Menschen die unentbehrliche Gelegenheit zum Einsatz bot" — so muß doch gefragt werden, ob die deutschen Menschen des 19. Jahrhunderts diesen Einsatz und diese Opferbereitschaft gezeigt haben würden für einen Staat, von dem sie den Eindruck hatten, daß dieser „minimalisiert" gewesen sei. —

Wir übersehen nicht, daß wir manches im 19. Jahrhundert finden, was verwerflich ist. — Wir müssen uns aber davor hüten, dieses allein kennzeichnend sein zu lassen. — Wir vergessen nicht politische Strömungen undeutscher, westlicher Art, die dazu neigten, alle Bindungen von sich zu werfen [113]), aber wir meinen, daß es sich in diesen Fällen nur um Verirrungen handelt. Diese Strömungen haben sich in Wirklichkeit im 19. Jahrhundert nicht durchzusetzen vermocht [114]). — Wir vergessen auch nicht, daß der Geldbeutel, der Stand oft mehr bedeuteten als Leistung und Charakter. Wir übersehen nicht, daß die Arbeiterfrage auf eine gerechte Lösung warten mußte [115]), auch nicht, daß im Laufe des wirtschaftlichen Aufstiegs sich ein Egoismus breitmachte, der oft die Schranken eines natürlichen Eigennutzes überschritt. — Aber wir glauben doch, daß gerade „summarisch" gesehen, alles das dem Staatsdenken des 19. Jahrhunderts nicht sein charakteristisches Gepräge gab [116]). —

---

112) „Freiheit ... ist das Höchste, wonach wir zu streben haben ... aber es gibt keine Freiheit als in dem Gesetz und durch das Gesetz" (Grundsätze u. Beschlüsse des 18. Okt. 1818 a.a.O. S. 151, vgl. Anm. 110. Vgl. damit die Worte H. v. Treitschkes a.a.O. S. 156 „Die Freiheit besteht in vernünftigen Gesetzen, denen der Einzelne mit sittlicher Zustimmung folgen kann, und im Halten dieser Gesetze".

113) siehe Wolf a.a.O. S. 403 ff.

114) vgl. Köttgen im RVBl. 1935 S. 67 „Tatsache ist allerdings, daß dieses damals revolutionäre liberale Ideal sich zum mindesten in Deutschland wirklich niemals durchzusetzen vermocht hat".

115) Letzteres betont insbesondere von Schweinichen a.a.O. S. 38.

116) vgl. Herrfahrdt in seiner Buchbesprechung a.a.O. „Auch für das liberale Staatsdenken war es immer selbstverständlich, daß die Freiheit des

Das Verhältnis Staat — Einzelperson, die Kernfrage des Rechtsstaatsproblems, muß ein harmonisches sein, wenn eine Zeit fruchtbringend sein soll. Freiheit und Gebundenheit sind die Pole, zwischen denen diese Harmonie gefunden werden muß. Eine Freiheit, die keine Gebundenheit mehr kennt, ist ebenso gefährlich wie eine staatliche Gebundenheit, die Unterdrückung der Einzelpersönlichkeit bedeutet. Sowohl — als auch muß es hier heißen. Wer möchte behaupten, daß Freiheit, so wie sie beispielsweise ein Stein und Arndt verstanden, etwas grundverschieden anderes darstellt wie nationalsozialistische Gebundenheit. Freiheit in nationaler Gebundenheit oder durch nationale Gebundenheit zu persönlicher Freiheit — ist das nicht ein und dasselbe, nur von verschiedenen Seiten des Problems aus gesehen? Nur muß auch hier, — wie schon hinsichtlich des Problems unmittelbare Gerechtigkeit oder Rechtssicherheit in entsprechender Weise betont wurde, — bedacht werden, daß es zwischen der Mitte gleichmäßiger Betonung beider Prinzipien und der zur Zerstörung führenden alleinigen Betonung des einen Prinzips auf Kosten des anderen verschiedene Lösungsmöglichkeiten für die Aussöhnung beider Prinzipien gedacht werden können, ohne daß dadurch die notwendige Harmonie gestört würde, — sei es, daß die Freiheit — sei es, daß die Gebundenheit innerhalb eines harmonischen Einklangs mehr betont wird. — Hierin hat es letzten Endes seinen Grund, daß verschiedene Zeitabschnitte in der Geschichte unseres Volkes, die gleich wertvoll genannt werden können, hinsichtlich des Verhältnisses Staat — Einzelperson ein verschiedenes Gesicht haben. —

Rückblickend betrachtet, lag so im Staatsdenken des 19. Jahrhunderts der Hauptton auf der Freiheit [117]), ohne daß das bedeutet, daß die Gebundenheit ganz außer acht gelassen worden wäre [118]). — Der nationalsozialistische Staat legt demgegenüber das Hauptgewicht auf die Gebundenheit, ohne daß er die Freiheit der Einzelperson unberücksichtigt lassen könnte [119]). Hierauf beruht der Wandel des politischen Rechtsstaatsfaktors; hieraus ergibt sich die Bedeutung der Worte „das Staatlich-Kollektive dominiert über das Individuelle“ [120]).

Wenn nun im 19. Jahrhundert die Auffassung herrschend war, daß der Staat nur insoweit sich Tätigkeitsgebiete schaffen solle, als die Ein-

---

einzelnen dem Gesamtwohl zu dienen hat und an ihm ihre Grenze findet. Wenn es trotzdem dem Egoismus von Einzelnen oder von Gruppen gelungen ist, sich auf Kosten des Ganzen durchzusetzen, so liegt das auf einem ganz anderen Feld, nicht auf dem der idealen Forderungen, sondern auf dem der Wirklichkeit menschlichen Zusammenlebens.“

117) vgl. Herrfahrdt, Der Aufbau des neuen Staates S. 36 und Koellreutter, Der nationale Rechtsstaat S. 7.

118) vgl. Herrfahrdt in seiner Buchbesprechung a.a.O.

119) Vor einer Überspannung warnt auch Lange a.a.O. S. 26 „Der Individualismus des einzelnen, der Privatperson, darf nicht durch den Individualismus des anderen, des Staates als Machtapparat, abgelöst werden.“ Ähnlich Koellreutter, Die Verwaltungsakademie Bd. I, Gruppe 2, Beitrag 15, S. 11 und RuPrVBl. 1933, S. 483.

120) Dennewitz a.a.O. S. 7, vgl. auch Koellreutter, Der nationale Rechtsstaat, S. 20 ff.

zelperson nicht zur Bewältigung der auf diesen Tätigkeitsgebieten liegenden Aufgaben fähig sei, so mag man das eine „Minimalisierung" des Staates nennen. Nur müßte gefragt werden, ob wirklich diese mit „Minimalisierung" bezeichnete Beschränkung des Staates als etwas Verwerfliches und Unwürdiges angesehen wurde, oder ob die Menschen, die diesen Staat trugen, diese „Minimalisierung" nicht doch als etwas Wertvolles ansahen, weil sie dem Volke dienlich sei. Und auch der nationalsozialistische Staat müßte dann, — obwohl in ihm die Gebundenheit gegenüber der Freiheit die stärkere Betonung erfährt, — in gewissem Sinne „minimalisiert" genannt werden. Denn es wäre ein — oft durch den Hinweis auf eine falsch verstandene Totalität des Staates geförderter Irrtum, wollte man annehmen, daß der nationalsozialistische Staat die Aufgabe habe, „die Lebenswirklichkeit des Volkes in allen Beziehungen durch den Einsatz herrschaftlicher Mittel zu bilden" [121]).

Um die Ansicht jener, die das Staatsdenken des 19. Jahrhunderts schlechthin von einem unbeschränkten Egoismus her erklären wollen, recht würdigen zu können, kommen wir im folgenden noch einmal auf Forsthoff zurück: Forsthoff kommt es auf die Herausstellung der wesentlichen Kampfpositionen — „liberaler oder totaler Staat" an. „Die Frage, ob damit der Boden der Willkür betreten wird, soll hier bewußt unerörtert bleiben" erklärt er wörtlich. — Noch mehr: Nachdem er von dem reinen Rechtsstaat als dem Prototyp einer Gemeinschaft ohne Ehre und Würde gesprochen hat, heißt es: „Daß es einen solchen Scheinstaat schon in der Zeit eines radikal-rechtsstaatlichen Denkens nicht gegeben hat, daß er nur als Wunschbild in den Köpfen einiger Gelehrter bestand, verdient an dieser Stelle angemerkt zu werden" [122]). — Damit fällt er selbst das Urteil über die Art und Weise seiner Darstellung. Warum macht er sich denn eine Darstellung jenes Staates, wie sie nur in den Köpfen einiger Gelehrter bestand, zu eigen? Gerade eine „summarische" Auseinandersetzung darf doch solchen Wunschbildern nicht mehr Bedeutung zukommen lassen, als sie in Wirklichkeit verdienen. Es ist darum unverständlich, wie er sagen kann, daß „nur akademische Pedanten darüber erschrecken werden, daß diese Auseinandersetzung summarisch erfolgt und dabei auch an traditionelles Gut Hand angelegt wird" [123]).

Die junge Generation wird gelehrt und sie hat gelernt, sich als Glied vieler Generationen unseres Volkes zu fühlen; wir glauben, ihr kann es nicht nützen, wenn sie einen Zeitabschnitt unserer Geschichte nur

---

121) Wie sich allerdings Huber ausläßt („Die Tat" Aprilheft 1934.) Zuzustimmen ist Tartarin-Tarnheyden, Werdendes Staatsrecht S. 145: „Aber der letzte Sinn der Totalität ist doch der, daß es in der machtpolitischen Ordnung des Ganzen nur eine dieses Ganze legitimierende, inhaltlich bestimmte, nationale Weltanschauung geben kann ..., neben der alle anderen Staatsauffassungen unwahr und verwerflich erscheinen", vgl. Göbbels Worte a.a.O. „nicht Totalität des Staates, sondern der Idee" und Rosenberg im V.B. a.a.O.: Der Nationalsozialismus will nicht „den totalen Staat, sondern die Totalität der Bewegung." — Siehe auch Lange a.a.O. S. 30. Nicht der Staat, sondern das Volk ist die zentrale Größe. Siehe S. 20.

122) Forsthoff a.a.O. S. 8, S. 13.

123) Forsthoff a.a.O. S. 17.

in einem Zerrbild sieht. Es ist zu verstehen, wenn Koellreutter erklärt: „Die Tendenz aus dem Liberalismus und aus dem Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts, der aus unserer Geschichte doch nicht einfach hinweggedacht werden kann, einen Popanz zu machen, an dem man dann neue Konstruktionen wirkungsvoll demonstrieren kann, widerspricht der politischen Wirklichkeit und der geschichtlichen Auffassung des Nationalsozialismus"[124]).

Die Tatsache, daß den Vertretern der hier bekämpften Methode in ihrer Schau der Struktur des nationalsozialistischen Staates grundsätzlich zuzustimmen ist, kann nicht über die Gefährlichkeit ihres Vorgehens hinwegtäuschen. — Wenn man ein Bild des nationalsozialistischen Staates entwirft, so kann niemand etwas dagegen haben, wenn man zu diesem Bild ein Gegenbild entwirft, das aufzeigt, wie der nationalsozialistische Staat nicht sein soll, — in pädagogischer Hinsicht ist ein solches Verfahren sogar empfehlenswert; wenn man aber dieses Gegenbild einfach in allen Punkten mit dem 19. Jahrhundert identifiziert, so dürfte das ein Anschauungsunterricht sein, bei dem die pädagogischen Vorzüge in keinem Verhältnis mehr stehen, zu den dadurch heraufbeschworenen Gefahren. — Nur zu leicht wird dadurch die Meinung gefördert, daß — wenn die Vergangenheit egoistisch, alle Bindungen ablehnend und wertneutral gewesen sei — es in Zukunft nur darauf ankomme, Menschen zu erziehen, die nicht egoistisch, sondern opferfreudig, volksgemeinschaftsbejahend und völkisch sind, und daß damit alle Aufgaben der Zukunft bereits gelöst seien. In dem Maße aber, wie erzogen wird, kommt es darauf an, praktische Arbeit an der Weiterentwicklung von Staatsgestaltungsprinzipien zu leisten, die bereits durch ihr Vorhandensein unersetzbare Faktoren zur Überwindung Volksgemeinschaft zerstörender Erscheinungen sind, mit denen nun einmal jeder Staat rechnen muß, so lange die Menschen keine Engel geworden sind. Veranschaulichen wir diesen Gedanken am Führerprinzip.

Trotz aller Erziehungsarbeit zur Volksgemeinschaft wird es in einem Volke immer auseinanderstrebende Willensrichtungen geben — sei es, daß diese Verschiedenheit ihren Grund hat in einer verschiedenen Lagerung der wirtschaftlichen Interessen, sei es, daß sie auf eine verschiedene Beurteilung dieser oder jener weltanschaulichen Frage zurückzuführen ist. „Es gibt keinen einheitlichen Volkswillen, sondern nur Teilwillen der Glieder des Volkes, aus denen eine Einheit nur geschaffen werden kann, indem sie in dem unabhängigen Willen eines Hauptes zusammengefaßt werden"[125]). So wirken Führerentscheidungen, mag es sich um solche des obersten Führers oder um solche von Unterführern handeln, als solche volksgemeinschaftsfördernd, indem sie die auseinanderstrebenden Willensrichtungen überbrücken, — vorausgesetzt, daß sie auch wirklich allseitig anerkannt und befolgt werden. —

Es dürfte die hervorragendste Aufgabe der Staatslehre unserer heutigen Zeit sein — die Wirklichkeit ins Auge fassend — dem Wesen

---

124) Koellreutter R.V.Bl. 1935 S. 447.
125) Herrfahrdt, Werden und Gestalt a.a.O. S. 31.

des nationalsozialistischen Staates entsprechende Staatsgestaltungsgrundsätze zu formen und weiter zu entwickeln, die als solche bereits Faktoren der Volksgemeinschaft sind [126]).

Wenn wir der Beurteilung des 19. Jahrhunderts nicht Folge leisten konnten, so ist im Endergebnis, wie wir bereits betonten, der Darstellung des Weimarer Staates beizupflichten. Nur finden wir, macht man es sich allzu leicht, wenn man, ohne auf die tieferen Gründe einzugehen, diese Zwischenzeit schlechthin „relativistisch" und „liberalistisch" nennt. So kann man nicht sagen, daß die im Weimarer Staat herrschenden Parteien keine bestimmten Wertungen gekannt hätten, — mögen diese auch vom nationalsozialistischen Standpunkte aus abzulehnende gewesen sein. Aber das auf Kompromiß eingestellte Mehrheitsprinzip des Parlamentarismus ließ die Verwirklichung einer bestimmten Wertordnung nicht zu. Die Wertungen hoben sich gegeneinander auf, sie „neutralisierten" sich [127]), so daß der Weimarer Staat einer einheitlichen und festen weltanschaulichen Grundlage entbehrte [128]).

Und wenn die Weimarer Zeit liberalistisch in dem Sinne genannt werden kann, daß sie letzten Endes keine Bindungen mehr an den Staat kannte, daß Freiheit Freisein vom Staat bedeutete, so ist das nicht deshalb möglich, weil etwa die herrschenden Parteien einen solchen Freiheitsbegriff ideenmäßig propagiert hätten, sondern weil der Staat infolge des parlamentarischen Mehrheitssystems keine ausgleichschaffende Gemeinschaftsform mehr war, sondern sich darstellte als die Herrschaftsform der Mehrheit über die Minderheit. „Schütze und rette sich wer kann vor dem Feind Staat" konnte darum nur die Losung sein für diejenigen, die nicht das Glück hatten, unmittelbare Nutznießer des Systems zu sein.

Wenn nun auch in der Zeit des Weimarer Systems man immer mehr in der Erhaltung der individualistischen Rechtspositionen um jeden Preis, ohne Rücksicht auf die Bindungen an die Belange der Gesamtheit, das typisch Rechtsstaatliche sah [129]), und man damit in eine zer-

---

126) vgl. dazu die Worte Herrfahrdts in seiner Buchbesprechung a.a.O.: „Es wird eine der wichtigsten Aufgaben der Staatslehre sein, die Frage des Einflusses von Ideen richtig zu erkennen, und anhand der Wirklichkeit Lebensformen aufzusuchen und gedanklich aufzubauen, in denen bereits tatsächlich Gemeinschaft wächst".

127) Herrfahrdt in seiner Buchbesprechung a.a.O.

128) weil die Einheitlichkeit einer weltanschaulichen Grundlage fehlte, konnte Walz sagen, (Das Ende der Zwischenverfassung, S. 9) „die Weimarer Reichsverfassung ist ... zu einer absolut bekenntnislosen wertneutralen Verfassung geworden, die einzig durch ein inhaltsleeres Funktionsprinzip beherrscht wird" und die darum geeignet ist, „jeden Inhalt zu realisieren", solange dieses Funktionsprinzip „verfassungsmäßig unangetastet bleibt".

129) Man denke an den Kampf um das Wesen der „wohlerworbenen Rechte" der Beamten und der institutionellen Garantien. — Man vergegenwärtige sich die Worte Gieses: „Eine Modifikation der juristischen Ergebnisse durch politische Erwägungen und vaterländische Existenzbetrachtungen muß entschieden abgelehnt werden ... Nicht um die Verringerung der Geldbezüge und des Existenzminimums des einzelnen betroffenen Beamten handelt es sich hier, sondern um die Rechtssicherheit und geradezu um die

störerische Überbetonung des Prinzips der Freiheit auf Kosten der Gebundenheit verfiel, so kann das kein Grund sein, die Bezeichnung Rechtsstaat für den nationalsozialistischen Staat abzulehnen. — Man würde der Zwischenzeit von Weimar zuviel Ehre antun, wollte man sie mitbestimmend sein lassen für die Frage, ob ein Begriff mit alter Tradition für den nationalsozialistischen Staat Wert hat oder nicht. —

4. Der nationalsozialistische Staat ist Rechtsstaat, er ist es erstens, weil er um des Volkes willen nicht darauf verzichtet, das Verhältnis Staat — Einzelperson durch Rechtsnormen zu regeln; er ist es weiter deshalb, weil es für ihn eine Selbstverständlichkeit ist, seiner Rechtsordnung zu Grunde zu legen eine Wertordnung nationalsozialistischer, völkischer Weltanschauung, so daß von einem Widerspruch von Rechtsnorm und Gerechtigkeit nicht gesprochen werden kann[130]). —

Zur Zeit, da der Begriff „Rechtsstaat" geformt und entwickelt wurde, stand im Vordergrund der Gedanke, daß das Verhältnis Staat — Einzelperson überhaupt durch Rechtsnormen geregelt werden müsse, wobei aber auch für diese Zeit es eine selbstverständliche Forderung war, daß diese Rechtsnormen der materiellen Gerechtigkeit entsprachen, — heute, da die Frage nach der Art und Weise der Regelung des Verhältnisses von Einzelperson und Staat grundsätzlich als entschieden angesehen werden darf, steht im Vordergrunde die Verwirklichung neuer Gerechtigkeitsideale. — Das Wort Rechtsstaat wird Bestand haben, wie das Wort Recht. Wie das Recht sich wandelt, gefüllt wird immer wieder mit neuen Gerechtigkeitsidealen, ohne daß man es ablehnen wird, von Recht weiterhin zu sprechen, wenn das Recht der Vergangenheit dem Geist einer neuen Zeit widerspricht, so wird man auch weiterhin von Rechtsstaat sprechen dürfen, wenn die vom Staat zu verwirklichenden Gerechtigkeitsideale sich geändert haben. —

Selbst wenn man die Entwicklungszeit des Rechtsstaatsbegriffes als die Zeit eines rein wertneutralen Gesetzesstaates ansieht, so würde man dennoch — wie es Lange und von Schweinichen tun — diesem Wort eine Bedeutung zuerkennen können. Denn das Wort „Recht" in „Rechtsstaat" weist auf beides hin, sowohl auf die inhaltliche Gerechtigkeit als auf den formalen Ordnungswert des Rechts. Der nationalsozialistische Staat wäre, so gesehen, erst recht ein Rechtsstaat zu nennen[131]).

Wenn C. Schmitt erklärt[132]), daß das Wort Rechtsstaat eine nicht ewige Wortkombination sei, weil man ja auch nicht von einem „Rechts-

---

Rechtsexistenz. Leben wir überhaupt noch in einem Rechtsstaat? . . . Das Recht ist ein so hohes eigenwertiges Kulturgut, daß die Forderung seiner Erhaltung um seiner selbst willen unmöglich dem Vorwurf nichtnationaler Gesinnung ausgesetzt sein kann." (Giese in der Zeitschr. des Reichsbundes der höheren Beamten, November-Nr. 1931, zitiert bei Koellreutter, Der nat. Rechtsstaat S. 22). Man liest diese Worte und wird erinnert an den Spruch: fiat justitia — pereat mundus.

130) vergl. Walz DJZ. 1933 S. 1338.

131) vergl. Lange a.a.O. S. 40, von Schweinichen a.a.O. S. 53 ff.

132) s. C. Schmitt, Was bedeutet der Streit u. d. Rechtsstaat? S. 201 und im Nachwort zur „Disputation über den Rechtsstaat" S. 85; s. Kraus (a.aO.)

volk, einem Rechtsreich und einer Rechtsfamilie" spreche, so ist das eine Beweisführung, die zweifellos eines gewissen interessanten Reizes nicht entbehrt, die darüber hinaus aber in ihrer rein konstruktiv mechanischen Methode keine besondere Beachtung beanspruchen kann. — Wenn dieses Wort wirklich so wertlos wäre, wie wäre es dann zu erklären, daß eine an so hervorragender Stelle im öffentlichen Leben stehende Persönlichkeit wie Hans Frank, von dem man annehmen darf, daß er Worte und Begriffe auch gerade hinsichtlich ihrer Verbundenheit mit dem Volke prüft, von dem „deutschen Rechtsstaat Adolf Hitlers" spricht[133]. Gerade hierin sehen wir den besten Beweis dafür, daß auch in Zukunft das Wort Rechtsstaat seinen Wert hat.

Nur eins muß hier der Klarheit wegen noch betont werden: Wenn wir uns hier für den Wert des Rechtsstaatsbegriffes aussprechen, so ist damit noch nichts über die Frage gesagt, ob es nicht andere Bezeichnungen gibt, die den nationalsozialistischen Staat besser charakterisieren. Die Antwort auf diese Frage kann aber auch schließlich nicht maßgebend sein. Denn die Wertlosigkeit eines Begriffes ist doch noch nicht damit dargetan, daß man nachweist, daß ihm die Eigenschaft als hervorragendstes Kennzeichnungsmittel fehlt[134].

Wir geben Walz recht, wenn er nicht mit „Rechtsstaat" sondern mit „völkischer Führerstaat" den nationalsozialistischen Staat am besten gekennzeichnet sieht"[135]. Aber dieser nationalsozialistische völkische Führerstaat ist eben auch ein Rechtsstaat. —

II. Abschnitt:

Der Streit um die einzelnen Rechtsstaatsprinzipien.

Bisher war das Rechtsstaatsproblem von seiner allgemeinen, grundsätzlichen Seite aus betrachtet worden. Im folgenden soll nun gezeigt werden, in welcher Weise jene Prinzipien, durch die man in der vornationalsozialistischen Zeit den Rechtsstaatsgedanken näher verwirklicht glaubte[136], im einzelnen mit zum Gegenstand des Streites um den Rechtsstaat geworden sind.

1. Die Dreiteilung der Gewalten und die Bedeutung des Gesetzes.

Wir haben bereits darauf hingewiesen, daß man früher die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und das Gewaltenteilungsprinzip Montesquieus zusammen zu nennen pflegte, wie wenn es sich um einander bedingende Prinzipien handele. In Wirklichkeit ist das eine aber nur die

133) s. Frank, „Deutsches Recht" 1934 S. 120; vgl. auch Nicolai RVBl. 1934, S. 862.
134) Anderer Ansicht anscheinend Kraus a.a.O. S. 30, 31.
135) s. Walz DJZ. 1933, S. 1338.
136) s. C. Schmitt N.-S. Hdb. a.a.O. S. 7 ff.

Weiterleitung, nur Sicherung des anderen: Der Staat sollte in seinem Verhältnis zur Einzelperson in die Rechtsordnung gestellt werden, seine Verwaltungsorgane an unverbrüchliche Normen gebunden werden. Der Wert dieses Gedankens schien nur dann vollkommen gesichert, wenn man es unmöglich machte, daß die vollziehende Gewalt diese Normen von sich aus wieder umwerfen konnte. Sie mußte darum gehemmt werden, deshalb forderte man Gewaltenteilung. — Inwieweit diese Gewaltenteilungslehre in der historischen Entwicklung ihre Berechtigung hatte, um von alten erstarrten Formen zu etwas Neuem, Lebendigerem zu gelangen, oder inwieweit sie nur dazu diente, die Machtgelüste der außerhalb des Staates stehenden Gesellschaft zu befriedigen, soll hier nicht untersucht werden. Fest steht jedenfalls, daß die Forderung nach der Gewaltenteilung nur dann Sinn hat, wenn man jeder Regierungsgewalt, die zugleich Gesetzgebungsgewalt ist, Mißtrauen entgegenbringen zu müssen glaubt, mag dieses Mißtrauen in der geschichtlichen Situation berechtigt sein, oder mag es einfach rein deduktiv begründet sein.

In dem Augenblick, wo aus dem Vertrauen zu einem Führer die nationalsozialistische Revolution geboren wurde, konnte diese Dreiteilung der Gewalten keinen Sinn mehr haben[137]). Es wäre ein Widerspruch in sich gewesen, der Führung zwar die oberste Regierungsgewalt zuzuerkennen, sie aber durch eine besondere gesetzgebende Gewalt zu hemmen, oder aber die Führung oberste gesetzgebende Gewalt sein zu lassen, im übrigen ihr aber das Recht zur Ausführung ihrer Gesetze zu verweigern. Durch das Gesetz über den Neuaufbau des Reiches vom 20. 1. 1934 ist die Dreiteilung der Gewalten endgültig überwunden[138]). — Bei Wahrung der richterlichen Unabhängigkeit[139]) ist Gesetzgeber und zugleich höchstes Verwaltungsorgan die Reichsregierung, was nur bedeuten kann, der „von Reichsministern als Sachkundigen auf ihrem Gebiet beratene Führer und Reichskanzler“[140]).

---

137) vgl. C. Schmitt, Staat, Bewegung, Volk S. 35 und J. Vollmer, die Überwindung des Grundsatzes von der Dreiteilung der Gewalten. Marburger Diss. 1935 S. 48.

138) vgl. Vollmer a.a.O. S. 18 ff.

139) Der Wert der Unabhängigkeit der Rechtspflege ist zu keinem Augenblick des Streites um den Rechtsstaat in Zweifel gezogen worden. Vgl. die Betonung des Wertes der Unabhängigkeit der Rechtspflege durch Frank auf dem Leipziger Juristentag, (s. Schraut, deutscher Juristentag 1933, Berlin 1933, S. 18 ff.) vgl. auch Schmitt, „Deutsches Recht“ 1933, S. 201. — „Unabhängig sind die Gerichte in der Anerkennung des Führergesetzes auf den konkreten Einzelfall, den sie zu entscheiden haben“ (Huber, DJZ. 1934 S. 958). „Im übrigen kann die richterliche Unabhängigkeit nicht gedacht werden, ohne eine Bindung an die Grundwerte der völkisch-staatlichen Gemeinschaft, wie sie uns in den Ideen der nationalsozialistischen Weltanschauung entgegentreten“. (Henkel a.a.O. S. 18).

140) So richtig Franzen a.a.O. S. 20. Obige Formulierung soll selbstverständlich nicht bedeuten, daß jedes neue Gesetz vom Führer und Reichskanzler stets selbst durchdacht worden sei, also immer als das Ergebnis eigener Arbeit angesehen werden müsse; bei der Fülle der zu bewältigenden Aufgaben muß sich der Führer und Reichskanzler vielmehr im weitgehendsten Maße auf seine Mitarbeiter verlassen können.

Eine organisatorische Trennung von Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung, wird es auch in Zukunft geben müssen, — um der Ordnung willen [141]). Auf eine solche Trennung kann der nationalsozialistische Staat umsomehr achten, als die Zusammenfassung aller drei Funktionen zu einer Einheit der Staatsgewalt nicht wie im sogenannten Verfassungsstaat nur eine theoretische Konstruktion, sondern Wirklichkeit darstellt [142]).

Durch die Überwindung der Gewaltenteilung erhält die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung im nationalsozialistischen Staat ihre besondere Bedeutung. Insoweit in diesem Prinzip früher auch der Gedanke enthalten war, daß die Herrschaft des Parlamentarismus über die Exekutive gesichert werden müsse, hat es eine Wandlung erfahren [143]). Das Gesetz ist ein „Akt der Führung", es dient der Verwirklichung des Führerwillens. Aber es hieße, die Bedeutung dieses Prinzips nur von einer Seite aus sehen, wenn man sagte: „Das völlig ungebundene und gesetzlich ungeregelte Handeln der Verwaltungsstellen ist nicht ausgeschlossen, um den Bürger vor Willkür zu schützen, sondern um die gesamte staatliche Tätigkeit in die Führergewalt einzuordnen" [144]). — Das Gesetz ist ein Akt der Führung und zugleich als unverbrüchliche Norm, auf die sich der einzelne Volksgenosse dem staatlichen Verwaltungsorgan gegenüber berufen kann, ein Ordnungsfaktor, der vor möglicher Willkür zu schützen vermag. Um den unbedingten Vorrang der Führergewalt vor den ausführenden Behörden zu sichern, bedürfte es nicht unbedingt eines Gesetzes, hierzu genügten auch Anordnungen in der Art der Instruktionen des absoluten Staates. Wenn man aber, wie die Gesetzgebungspraxis des nationalsozialistischen Staates zeigt, sich weiterhin des Gesetzes als Verwirklichungsmittel der Führergewalt bedient, und man weiterhin die Forderung nach Gesetzmäßigkeit der Verwaltung erhebt, so spielt dabei doch auch der nicht allein aus verwerflichem Egoismus heraus erklärbare Gedanke an einen Schutz des staatsunterworfenen Volksgenossen vor möglicher Willkür eine nicht wegzuleugnende, bedeutsame Rolle. Durchsetzung des Führerwillens und Schutz des Volksgenossen sind nicht Gegensätze, sondern Korrelate.

2. Das pflichtmäßige, freie Ermessen in der Verwaltung.

Man hört heute oft von der Forderung nach Ausdehnung des freien Ermessens im Verwaltungsleben [145]). Daß die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung als Mittel zur Sicherung des Vorranges des Führerwillens vor den ausführenden Behörden nicht möglichste Ausschaltung des freien Ermessens bedeutet, muß sofort einleuchten, wenn man bedenkt, daß es weder der Führung möglich ist, alle möglichen Geschehnisse des Verwal-

141) s. Koellreutter, Der nat. Rechtsstaat S. 25 ff., der vor einer Unterschätzung des Ordnungsmomentes warnt.
142) vgl. Huber a.a.O. S. 954.
143) vgl. zu folgendem Huber a.a.O.
144) So Huber a.a.O. S. 957.
145) s. Huber a.a.O. S. 958.

tungslebens bis ins einzelnste zu regeln, noch ihr überhaupt daran liegen kann, ein „Führertum in der Verwaltung“ [146]) unmöglich zu machen.

Darüber, was freies Ermessen bedeutet, kann es keinen Streit geben; nicht kann es bedeuten, freie Entscheidungsmöglichkeit nach rein subjektiven Erwägungen ohne Bindung an eine überindividuelle Wertanschauung. Freies Ermessen heißt „freie Entscheidung gemäß den politischen Grundwerten der nationalsozialistischen Rechts- und Staatsordnung“ [147]). Freies Ermessen bedeutet darum gleichzeitig auch pflichtmäßiges Ermessen. —

Wenn man früher die Forderung nach „tunlichster Einschränkung des freien Ermessens“ [148]) erhob, so ist man heute leicht geneigt, tunlichste Ausdehnung des freien Ermessens zu verlangen. So allgemein und uneingeschränkt kann dieser Forderung nicht zugestimmt werden. Man wird sich vielmehr klar werden müssen, nach welchen Gesichtspunkten die Ausdehnung des freien Ermessens zu erfolgen hat.

Es gibt Gebiete des Verwaltungslebens, in denen Zweckmäßigkeitserwägungen der Verwaltung derart überwiegen, daß das Voraussehbarkeits- und Berechenbarkeitsbedürfnis des einzelnen gänzlich in den Hintergrund treten. Man denke z. B. an die Aufgaben der Polizei oder der Selbstverwaltungskörperschaften. So wäre es Unsinn, einer Selbstverwaltungskörperschaft mit Rücksicht auf das Voraussehbarkeitsbedürfnis der durch sie erfaßten Personen vorzuschreiben, welche Maßnahmen sie zu ihrer Fortentwicklung in diesem oder jenem Falle vorzunehmen habe. — Auf Gebieten dieser Art wird es gut sein, tunlichste Ausdehnung des freien Ermessens anzustreben und dadurch dem Führertum in der Verwaltung weiten Raum zu geben. —

Auf der anderen Seite stehen Gebiete des Verwaltungslebens, in denen vom Standpunkt des allgemeinen Staatswohls aus betrachtet, die Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit schwerer wiegen als unmittelbare Zweckmäßigkeitserwägungen der staatlichen Behörden, in denen durch eine Leugnung des Wertes der Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit die notwendige Initiative der Einzelperson gelähmt würde. Man denke an das Gebiet des Gewerbe- und des Baurechts, überhaupt an das die Wirtschaft regelnde Verwaltungsrecht. Hier wird es gut sein, auf tunlichste Einschränkung des freien Ermessens zu achten. Allerdings muß bedacht werden, daß der nationalsozialistische Staat im Laufe seiner Aufbauarbeit auf Gebieten helfend und richtungweisend eingegriffen hat, die früher mehr der Initiative des einzelnen überlassen waren. Wo er das getan hat, werden mehr als früher freie Ermessensentscheidungen notwendig und berechtigt sein, aber auch hier wird grundsätzlich tunlichste Einschränkung des freien Ermessens weiter am Platze sein.

Das Ergebnis also wäre, sowohl tunlichste Ausdehnung wie tunlichste Einschränkung des freien Ermessens, je nachdem ob die Berücksich-

---

146) vgl. Weidemann, den Vorsitzenden des deutschen Gemeindetages in der „V.B.“-Notiz vom 16. 11. 1935, Nr. 320.
147) Huber a.a.O. S. 958.
148) s. W. Jellinek a.a.O. S. 86.

tigung unmittelbarer Zweckmäßigkeitserwägungen oder die Gewährung von Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit den Gesamtinteressen dienlicher ist.

3. Die Bedeutung der Frage: Rechtmäßigkeit oder Gesetzmäßigkeit der Verwaltung?

In Verbindung mit dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung spielten bisher die von O. Mayer geprägten Ausdrücke „Vorrang" und „Vorbehalt" des Gesetzes eine besondere Rolle [149]). Bevor wir uns näher mit diesen Prinzipien beschäftigen, sei wegen ihrer grundsätzlichen Bedeutung in diesem Zusammenhange auf die heute oft gestellte Frage: Gesetzmäßigkeit oder Rechtmäßigkeit der Verwaltung? eingegangen.

In Zeitpunkten der Geschichte, da eine neue Staats- und Rechtsauffassung mit elementarer Wucht zum Durchbruch gelangt, und dem Geist dieser neuen Staats- und Rechtsauffassung widersprechende Gesetze zur Makulatur werden können, wird man sich mehr als sonst bewußt, daß Recht und Gesetz etwas Verschiedenes sein können. Es kann daher nicht wundernehmen, wenn man heute erklärt: „der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit ist durch den Grundsatz der Rechtmäßigkeit in der Verwaltung ersetzt worden" [150]), oder „dieses Denken im Recht, nicht nur in den Gesetzen ist das neue Rechtsdenken in der Verwaltung" [151]). Denn wenn auch die nationalsozialistische Revolution legal vor sich gegangen ist, so wäre es dennoch ein unhaltbarer Standpunkt, wollte man annehmen, daß es nicht Fälle gibt, in denen Gesetzen aus vornationalsozialistischer Zeit die Anerkennung versagt werden muß, weil sie der neuen Rechtsauffassung derart widersprechen, daß die weitere Befolgung dieser Gesetze höchste Ungerechtigkeit bedeuten würde [152]). Soweit letzteres nicht der Fall ist, ist die Verwaltung selbstverständlich weiterhin an die Gesetze, auch wenn sie aus vornationalsozialistischer Zeit stammen, gebunden, und zwar unter Zugrundelegung nationalsozialistischen Rechtsdenkens für ihre Auslegung. Hier ist Gesetzmäßigkeit gleichbedeutend mit Rechtmäßigkeit.

Insofern nun in der Forderung nach Rechtmäßigkeit der Verwaltung der Gedanke zum Ausdruck gebracht wird, daß die Ausdrucksweise „Rechtmäßigkeit der Verwaltung" der anderen Ausdrucksweise „Gesetzmäßigkeit der Verwaltung" deshalb vorzuziehen sei, weil sie den Verwaltungsbeamten immer wieder darauf hinweise, unter Berücksichtigung der durch die nationalsozialistische Revolution geschaffenen Situation nicht den Buchstaben, sondern den Geist des Gesetzes entscheiden zu lassen, und da, wo Gesetze wirklich versagen, aus nationalsozialistischem Rechtsdenken das Recht zu schöpfen, ist dagegen nichts einzuwenden. Nur

---

149) s. O. Mayer a.a.O. 2. Aufl. S. 69, 71.

150) Maunz, Neue Grundlagen a.a.O. S. 33.

151) s. Maunz: Neues Rechtsdenken in der Verwaltung, Deutsche Verwaltung 1935, S. 65 ff.; vgl. Koellreutter, zur Frage der Gesetzesauslegung und Gesetzesanwendung in der Verwaltung. R.V.Bl. 1935 S. 445, S. 446.

muß immer wieder betont werden, daß es ein Irrtum wäre, wollte man annehmen, daß dies bedeutet, der Beamte sei nicht mehr wie früher an das Gesetz gebunden, und daß nun Platz sei für eine freie Rechtsanwendung aus deutschem Rechtsempfinden heraus.

Es sind also nur pädagogische Gründe, die Veranlassung geben könnten, von Rechtmäßigkeit und nicht mehr von Gesetzmäßigkeit der Verwaltung zu sprechen. Denn es dürfte kein grundsätzlicher Unterschied bestehen zwischen einer Auffassung, die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung verlangt, im übrigen sich aber bewußt ist, daß es nötig ist, das Gesetz im Zusammenhang mit der nationalsozialistischen Rechtsauffassung zu sehen, und einer Auffassung, die Rechtmäßigkeit der Verwaltung fordert, im übrigen aber die grundsätzliche Bindung der Verwaltung an die bestehenden Gesetze durchaus anerkennt[153]).

Weiter als die Forderung nach einem Denken im Recht, geht die Forderung nach einem Denken in „Rechtsgebilden", wie sie im Anschluß an C. Schmitt für die Verwaltung mit aller Schärfe Maunz aufstellt[154]). Nicht nach Normen — mögen diese aus Gesetzen oder aus dem außerhalb der Gesetze liegenden Recht entnommen sein — soll der Einzelfall bewertet werden, sondern nach „Rechtsgebilden", die bereits als „etwas Geordnetes erscheinen", wie beispielsweise Führer, Mitarbeiter, Treue, Ehre, Eigentum und Familie[155]). Man vergegenwärtige sich folgende Ausführungen: „Auch wenn man den entscheidenden Schritt vom Denken in Regeln weg zu einem Denken in Gebilden nicht wagen würde, wäre gegenüber dieser Auffassung doch eine Umstellung vom Gesetzesdenken in ein Rechtsdenken notwendig"; bei einer solchen Art des Rechtsdenkens wird nach Maunz das Recht „zwar immer noch als eine Summe von Normen, aber nicht stets in Gesetzen geformten Normen" gedacht[156]). — Wenn damit jedes Denken in Regeln im Sinne von verbindlichen Richtschnuren abgelehnt werden sollte, so muß Maunz entgegengetreten werden. — Er übersieht zunächst die Bedeutung jener Rechtsnormen, die ihrer Natur nach ihren Wert nicht oder nicht in erster Linie in ihrem Inhalt, in ihrem „Sosein" haben[157]), sondern bereits durch ihr Dasein Ordnungsfaktoren darstellen, die daher durch ein Denken in Rechtsgebilden einfach nicht zu ersetzen sind. — Im übrigen ist nicht einzusehen, inwiefern ein Denken

152) Auf die bekannte Streitfrage einzugehen, inwieweit die Weimarer Reichsverfassung noch gilt, liegt hier keine Veranlassung vor.

153) Darauf ist es zurückzuführen, daß man bei vielen, so u. a. bei Koellreutter in gleicher Weise die Forderung nach Gesetzmäßigkeit wie nach Rechtmäßigkeit der Verwaltung findet. Vgl. das Verwaltungsrecht im nat. soz. Staat DJZ 1934, S. 629. Von Gesetzmäßigkeit der Verwaltung sprechen weiter v. Köhler a.a.O. S. 49 ff. und Huber, für die sich nur die politische Bedeutung und innere Rechtfertigung, nichts dagegen an der äußeren Geltung des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit geändert hat.

154) s. Maunz, Neue Grundlagen der Verwaltung S. 47 ff. und C. Schmitt, über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens.

155) s. Maunz a.a.O. S. 47, 48, 49.

156) Maunz a.a.O. S. 47

157) vgl. S. 11 ff.

in Normen überhaupt ein Gegensatz zum Denken in Rechtsgebilden darstellen soll. Eine rechtliche Bewertung des Einzelfalles ist einfach nur möglich durch Bewertung nach über dem Einzelfall stehenden Richtschnuren, mögen letztere aus Gesetzen, aus dem außerhalb der Gesetze liegenden Recht oder aus „Rechtsgebilden" abgeleitet sein, oder mögen für die Bewertung unmittelbare Gerechtigkeitserwägungen maßgebend sein, die doch letzten Endes ihren Ausgangspunkt auch in einer über dem Einzelfall liegenden Rechtsauffassung haben. —

Auch wenn unter dem Denken in Rechtsgebilden zu verstehen wäre, daß die Rechtsgebilde allein die Richtschnur liefern sollen, nach der der Einzelfall bewertet wird, könnte Maunz nicht zugestimmt werden. Bei einer Umstellung in diesem Sinne würde man bald feststellen, daß zwar die solchen Rechtsgebilden innewohnende „Ordnung" in grundsätzlicher Hinsicht durchaus klar sein mag, daß darüber hinaus diese Rechtsgebilde doch im einzelnen viele Unklarheiten enthalten, die um der Ordnung willen durch Normen geregelt werden müssen. Eine Ablehnung des Wertes solcher Normen würde bald zu einer vom Volk als ungerecht empfundenen Regellosigkeit der allein an „Rechtsgebilden" orientierten Rechtsanwendung führen, die nicht Ordnung, sondern Unordnung bedeuten würde.

In Wirklichkeit dürfte aber auch wohl Maunz kaum soweit gehen, wie man es aus seinen oben angeführten Worten annehmen könnte. An einer anderen Stelle spricht er vom Ordnungsdenken, „dem die Regel nur Mittel der konkreten institutionellen Ordnung, nicht Ordnung Summe der Regeln ist" [158]). Damit spricht er doch den Regeln einen gewissen Wert zu. Er lehnt also nur eine abstrakte Verabsolutierung von Regeln ab, er will diese nur im Zusammenhang mit den konkreten Rechtsgebilden sehen. Das hieße also, daß die Rechtsgebilde sozusagen Orientierungspunkte nationalsozialistischer Gerechtigkeitswertung sind. Wenn darin die Bedeutung der Ansicht von Maunz liegt, so wäre das Denken in Rechtsgebilden seinem Kern nach nichts Neues, es wäre die Betonung der alten, guten Regel, daß es nicht auf den Buchstaben, sondern auf den Geist des Gesetzes ankommt, der heute bestimmt wird durch die nationalsozialistische Staats- und Rechtsauffassung, es wäre die Betonung eines Grundsatzes, an dessen Befolgung man doch auch früher schon den guten Verwaltungsbeamten erkannte. —

Dies vorauszuschicken, erschien notwendig, um klarzulegen, was wir unter Gesetzmäßigkeit, soweit diese im Zusammenhang mit dem Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes und den weiteren Ausführungen eine Rolle spielt, verstehen.

---

158) Maunz, Staatsbegriff und Verwaltung, „Deutsches Recht" 1935, S. 384, vgl. auch Neue Grundlagen a.a.O. S. 51.

Auch für C. Schmitts „konkretes Ordnungsdenken" ist die Norm nicht einfach ganz bedeutungslos. Er wendet sich bloß gegen ein abstraktes Regeldenken, das „die Norm oder Regel isoliert und verabsolutiert". C. Schmitt, über die drei Arten ... S. 13.

4. Der Vorbehalt des Gesetzes.

Wir hatten gesagt, daß in Verbindung mit dem Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung die Ausdrücke „Vorrang" und „Vorbehalt" des Gesetzes von besonderer Bedeutung seien. — Während der Vorrang des Gesetzes besagt, daß das Gesetz jeder anderen staatlichen Willensäußerung vorgeht, daß also damit auch kein Verwaltungsakt einem Gesetz widersprechen darf, wird unter Vorbehalt des Gesetzes der Grundsatz verstanden, daß jeder Eingriff in die Rechtssphäre des einzelnen, in Freiheit und Eigentum, einer Ermächtigung durch Gesetz bedarf. Daß der Vorrang des Gesetzes weiterhin gilt, bedarf keiner weiteren Erörterung. Streitig kann dagegen sein, ob der Vorbehalt des Gesetzes in seiner bisherigen Bedeutung im nationalsozialistischen Staat weiterhin gilt.

Nach Koellreutter sind Verwaltungshandlungen soweit rechtswidrig, als „der Nachweis erbracht wird, daß sie der nationalsozialistischen Rechtsgestaltung widersprechen". Eine Ausdehnung des Prinzips der Gesetzmäßigkeit dahin, daß „für jeden obrigkeitlichen Verwaltungseingriff in die Rechts- und Freiheitssphäre der unabhängigen Bürger und ihrer Verbände der Nachweis einer gesetzlichen Ermächtigung erbracht werden muß", lehnt Koellreutter für den nationalsozialistischen Staat ab [159]). Er hält eine ältere Auffassung für richtiger, wonach — mit den Worten Bühlers — „die Polizei und überhaupt die Verwaltung im allgemeinen nach freiem pflichtmäßigem Ermessen die aus ihrer organischen Stellung im Staatswesen sich ergebenden Aufgaben zu erfüllen habe, nur an gewissen Gesetzesbestimmungen dabei eine positive Schranke finde und Rechtsverletzungen nur im Falle eines Verstoßes gegen eine solche Bestimmung begehen könne" [160]).

Es interessiert die Frage, welche Bedeutung einer Anerkennung der von Koellreutter vertretenen Ansicht zukommen würde.

Der Nationalsozialismus hat bei seiner Machtübernahme eine Rechtsordnung vorgefunden, in der Eingriffsmöglichkeiten in die Rechts- und Freiheitssphäre des einzelnen weitgehend durch Gesetz geregelt waren. Man denke beispielsweise an die verschiedenen Polizeiverwaltungsgesetze und Enteignungsgesetze der Länder, wie an die in der Strafprozeßordnung geregelten wichtigen Fälle der körperlichen Freiheitsentziehung in Strafverfolgungsangelegenheiten. Daß diese Gesetze ohne weiteres mit der nationalsozialistischen Revolution hinfällig geworden seien, kann nicht gesagt werden und wird auch nicht behauptet. Soweit nun Behörden gesetzlich ganz bestimmte Aufgaben zugewiesen worden sind, und sie in Erfüllung ihrer Aufgaben auf Grund dieser Gesetze in die Rechts-

159) Koellreutter: Das Verwaltungsrecht im nationalsoz. Staat, DJZ. 1934 S. 629

160) Bühler a.a.O. S. 514. — Der Streit, ob wirklich eine ältere Lehre dieses Inhaltes bestand, oder ob der Vorbehalt des Gesetzes entgegen der Ansicht Bühlers nicht doch schon früher als in der 2. Hälfte des letzten Jahrhunderts sich durchgesetzt hat, interessiert hier nicht. Vgl. zu diesem Streit Walter Jellinek S. 84, Anm. 31, und Thoma, Der Vorbehalt des Gesetzes a.a.O.

und Freiheitssphäre eingreifen dürfen, sind die Behörden auch weiterhin an diese gesetzlichen Bestimmungen gebunden. — So bleibt, um das wichtige Gebiet der Polizei herauszugreifen, der § 14 Preuß. Polizei-Verwalt.Ges. vom 31. Juni 1931 weiterhin von Bedeutung, es geht nicht an, den Aufgabenkreis der Polizei aus ihrer organischen Stellung heraus einfach zu vergrößern[161]), ihre organische Stellung ist eben durch Gesetz festgelegt. — Soweit im übrigen aus der Benennung bestimmter Behörden in Gesetzen zu schließen ist, daß nur sie in der durch das Gesetz näher bezeichneten Weise in die Rechtssphäre des einzelnen eingreifen dürfen, kommen andere Verwaltungsorgane für solche Eingriffe nicht in Frage, mag auch im übrigen ihre organische Stellung dafür sprechen.

Wenn nun Koellreutter Verwaltungseingriffe in die Rechts- und Freiheitssphäre kennt, die erlaubt sind, weil sie nicht dem Gesetz unmittelbar widersprechen, so folgt daraus, daß er einen Unterschied macht, zwischen einer engeren, durch Gesetz umrissenen und geschützten Rechtssphäre und einem weiteren ungeschützten Rechtskreis. Das bedeutet mit anderen Worten, daß er den Vorbehalt des Gesetzes nur für die engere Rechts- und Freiheitssphäre anerkennt. Darin liegt der Unterschied zu der früheren Auffassung vom Vorbehalt des Gesetzes. Wenn man früher schlechthin erklärte, kein belastender Verwaltungsakt dürfe ohne gesetzliche Grundlage erfolgen, ohne zu sagen, wie groß das Gebiet ist, das belastet werden kann, — wenn man erklärte, zu einem Eingriff in die Rechtssphäre des einzelnen, in Freiheit und Eigentum bedürfe es einer Ermächtigung durch Gesetz, ohne Aufschluß darüber zu geben, wieweit diese Rechtssphäre reicht[162]), so mußte schließlich — dem Grundsatz entsprechend, daß „im Rechtsstaat die Vermutung für die Freiheit des Bürgers vom staatlichen Zwang spricht“ [163]) — alles in die durch den Vorbehalt des Gesetzes geschützte Individualsphäre einbezogen werden, was als erlaubt galt, weil es durch Gesetz nicht ausdrücklich verboten war. Eine solche Auffassung ist mit Recht dem Vorwurf ausgesetzt, von einer vorstaatlichen Existenz der Individualsphäre des einzelnen auszugehen.

Die Individualsphäre als Ausgangspunkt zu nehmen, der durch Rechtsnormen erst Schranken gesetzt werden, bedeutet eine ebenso angreifbare rechtsphilosophische Konstruktion, wie wenn man erklärt, daß der Staat alles kann und nur insoweit beschränkt ist, als es Gesetze bestimmen. In deutscher Betrachtung erscheint auch der Staat als eine unter dem Recht stehende Größe[164]). Weder die Einzelperson noch der Staat kann Ausgangspunkt sein, sondern ein der Rechtsanschauung des Nationalsozialismus entsprechendes, harmonisches Verhältnis von Staat und Einzelperson, aus dem sich die Abgrenzung der Einzel- und Staatssphäre ergibt. — Soweit nun der nationalsozialistische Staat sich weiter-

---

161) So richtig Franzen, die Polizei im neuen Staat. Marburger Diss. 1935 S. 47, s. auch Knauth, DJZ 1935 S. 222.

162) s. Jellinek a.a.O. S. 84 ff., S. 116, Hatschek a.a.O. S. 7.

163) Fleiner, Institutionen S. 131.

164) s. Nicolai, der Staat im nationalsozialistischen Weltbild a. a. O. S. 19, Otto Gierke, Johann Althusius a.a.O. S. 264 ff. und Walter Merk, der germanische Staat S. 38 ff.

hin auf frühere Gesetze stützt, die die Regelung des Verhältnisses Staat — Einzelperson zum Gegenstand haben, muß aus ihnen unter Zugrundelegung nationalsozialistischen Rechtsempfindens der Inhalt und die Grenzen der Rechtssphäre des einzelnen entnommen werden, mögen diese Gesetze auch als bloße Ermächtigungen des Staates zum Eingriff in die grundsätzlich unbeschränkte Rechtssphäre des einzelnen gedacht gewesen sein. Diesen Inhalt und Umfang festzustellen, wird immer eine der wichtigsten, aber auch schwierigsten Aufgaben der Rechtswissenschaft sein.

Es ist Koellreutter beizupflichten, wenn er in seiner oben angeführten Formulierung die Auffassung von einer grundsätzlich unbeschränkten Rechts- und Freiheitssphäre aufgibt. Nur scheint es uns wenig zweckmäßig, zwei Arten der Rechts- und Freiheitssphäre zu unterscheiden, die eine, die nicht durch Gesetz geschützt ist, die andere, in die Eingriffe nur in den gesetzlich bestimmten Fällen zulässig sind. — Geht man davon aus, daß die Rechts- und Freiheitssphäre der Einzelperson überhaupt erst aus den geltenden Rechtsnormen ihren Inhalt und Umfang erhält, und diese Auffassung dürfte der deutschen Anschauung von einer Freiheit, die ihr Maß bereits in sich trägt, entsprechen, so ist der Vorbehalt des Gesetzes weiterhin verwendbar. Denn dann sind ja jene „Eingriffe in die Rechts- und Freiheitssphäre", die deshalb möglich sind, weil sie dem Gesetz nicht zuwiderlaufen, keine Eingriffe mehr, sondern einfache Verwaltungsmaßnahmen, die sich aus der organischen Stellung des Verwaltungsorganes ergeben, es ist dann gleichgültig, ob man sagt, ein Eingriff in die Rechts- und Freiheitssphäre ist auf Grund eines Gesetzes zulässig, oder die Verwaltungsorgane dürfen nach freiem Ermessen tätig werden, sie sind aber an das Gesetz gebunden. — Es bedarf also nur einer anderen Auffassung über die Rechts- und Freiheitssphäre des einzelnen, und der Vorbehalt des Gesetzes hat weiterhin Bedeutung.

Wenn wir an der Ausdrucksweise „Vorbehalt des Gesetzes" festhalten, so tun wir es deshalb, weil hierin ganz allgemein die Forderung zum Ausdruck kommt, daß Eingriffe in Freiheit und Eigentum als wichtige Pfeiler des Lebens der Einzelperson in besonderem Maße durch Gesetz geregelt und voraussehbar gemacht werden müssen, eine Forderung, die auch weiterhin Berechtigung hat. Von hier aus zum Problem der Grundrechte bedeutet nur einen Schritt.

5. Die Grundrechte.

Ist im nationalsozialistischen Staat noch Raum für Grundrechte? Obschon die wichtigsten Grundrechte der W.R.Verfassung durch die Verordnung des Reichspräsidenten vom 28. 2. 1933 bis auf weiteres außer Kraft gesetzt sind, dürfte diese Frage ihre Berechtigung haben [165]).

Die Anerkennung der Persönlichkeit entspricht deutschem Denken [166]). Es ist ein altes germanisches Ideal, Einzelperson und Gesamt-

165) vgl. zu folgendem Tartarin-Tarnheyden, Werdendes Staatsrecht, S. 151 ff. Franzen a.a.O. S. 20 ff.

166) vgl. Adolf Hitler, Mein Kampf 2. Bd. 4. Kap. Persönlichkeit und völkischer Staatsgedanke.

heit in ein Verhältnis zueinander zu stellen, das die Einzelpersönlichkeit nicht auslöscht, sondern in der Gesamtheit wirksam werden läßt. Solchem Denken ist sowohl ein hemmungsloser, keine Bindungen kennender Individualismus, als auch eine jeden Persönlichkeitswert leugnende Nivellierungssucht fremd. Eine Ordnung des Verhältnisses Staat — Einzelperson wird daher jenen Persönlichkeitsgütern Beachtung schenken müssen, die im besonderen Maße die Entfaltung der Einzelpersönlichkeit gewährleisten. Freiheit und Eigentum stehen an der Spitze dieser Persönlichkeitsgüter [167]).

„Die Grundlagen der germanischen Freiheit", sagt Otto Gierke, „bildet der große Gedanke der in jeder zusammenfassenden Einheit fortbestehenden Vielheit, der in der Allgemeinheit fortbestehenden Besonderheit" [168]). Diese deutsche Freiheit hat nichts zu tun mit Zügellosigkeit oder Ungebundenheit, es ist eine Freiheit, die zugleich Gebundenheit bedeutet, die, worauf schon im Abschnitt über den Vorbehalt des Gesetzes hingewiesen worden ist, ihr Maß und ihre Grenzen in sich trägt. Für eine solche Auffassung ist Freiheit nicht Selbstzweck, sondern Mittel zur Verwirklichung völkischen Lebens.

Was über die Freiheit gesagt wurde, gilt im selben Maße für das Eigentum. Die Anerkennung des Eigentums bedeutet Anerkennung eines Begriffes, der „aufs innigste mit dem germanischen Persönlichkeitsideal zusammenhängt" [169]). Die Anerkennung des Eigentums vermag im besonderen Maße — der menschlichen Natur entsprechend, — den im einzelnen Menschen liegenden Entwicklungstrieb zu entfalten und bedeutet darum auch Gewinn und Nutzen für die Gesamtheit. Aus Reden des Führers und Gesetzen des neuen Staates spricht dieselbe Auffassung von dem Wert des Eigentums. — Wie die Freiheit in sich begrenzt ist, so auch das Eigentum. Wenn der Staat von Eigentümern in Form von Steuern gleichmäßige, der Kraft des einzelnen angepaßte Opfer verlangen kann, so liegt darin eine Begrenzung des Eigentums allgemeinster Art; daß der einzelne sein Eigentum bei überwiegenden Interessen der Allgemeinheit gegen eine gerechte Entschädigung opfern muß, bedeutet eine weitere bedeutsame Schranke.

Freiheit und Eigentum haben auch im nationalsozialistischen Staat ihren Wert, ihrem Wert entsprechend bedürfen sie eines Schutzes. Es wäre ein verhängnisvoller Irrtum, wollte man unter Hinweis auf eine lebendige nationalsozialistische Volksgemeinschaft annehmen, daß der Schutz wertvoller Persönlichkeitsgüter sich von selbst ergebe, daß die Forderung nach geeigneten Schutzmaßnahmen nur Ausdruck eines nicht in das Volksgemeinschaftserleben hineinpassenden, verwerflichen Mißtrauens sei. Gewiß, Volksgemeinschaft ist eine Angelegenheit des Herzens, des völkischen Idealismus, die nicht durch Gesetze geschaffen werden kann.

167) vgl. den in nordischen Quellen gebrauchten Ausdruck „Mannheiligkeit", der die grundsätzliche Unantastbarkeit von Leib und Gut des Volksgenossen bedeutet, s. Walter Merk, deutsche Rechtserneuerung a.a.O. S. 278.

168) Geschichte des deutschen Genossensch.Rechts, 1. Bd. S. 1, zitiert bei Walter Merk a.a.O. S. 276.

169) s. Rosenberg, a.a.O. S. 577.

Aber es würde nur eine Gefährdung dieser Volksgemeinschaft bedeuten, wenn man es versäumen würde, in geeigneter Weise möglichen unberechtigten Eingriffen in die Persönlichkeitsgüter, deren Anerkennung doch erst Volksgemeinschaft ermöglicht, vorzubeugen. Es heißt die Volksgemeinschaft fördern, wenn man Persönlichkeitsgüter, wie Freiheit und Eigentum, unter besonderen Schutz stellt.

Inhalt und Umfang von Eigentum und Freiheit (in ihren verschiedenen Formen) durch Gesetze zu bestimmen und Eingriffe in sie möglichst weitgehend durch Gesetze als unverbrüchliche Normen voraussehbar zu machen, muß darum das Ziel sein [170]. Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit möglicher Eingriffe gibt dem einzelnen das Sicherheitsgefühl, das notwendig ist, soll der einzelne, sich auf seine Persönlichkeitsgüter stützend, für die Allgemeinheit wertvoll tätig sein. Der Vorbehalt des Gesetzes hat hier seinen besonderen Wert, er muß für Persönlichkeitsgüter kraft Gesetzes gelten.

Die Frage, ob in der zukünftigen Verfassung des nationalsozialistischen Staates auch Platz ist für Grundrechte, muß bejaht werden, sofern es sich um Persönlichkeitsgüter handelt, die wie Freiheit und Eigentum Grundwerte der völkischen Lebensordnung sind [171]. Die Aufnahme von Grundrechten in die Verfassung würde allerdings eine praktisch-rechtliche Bedeutung nur dann haben, wenn im nationalsozialistischen Staat in seiner endgültigen Struktur der Gesetzgeber nicht auch gleichzeitig Verfassungsgesetzgeber ist. In diesem Falle würde, soweit die Grundrechte Freiheiten im Rahmen der Gesetze gewähren, der Gesetzgeber zwar die Grundrechte durch Gesetz einschränken, jedoch den Vorbehalt des Gesetzes nicht ganz aufheben können; soweit es sich um Freiheiten schlechthin handeln würde, wäre ein Eingriff durch den Gesetzgeber ausgeschlossen [172]. — Da aber im völkischen Führerstaat wohl kaum Platz sein dürfte für eine Trennung von gesetzgebender und verfassungsgesetzgebender Gewalt, würde die Bedeutung einer Aufnahme von Grundrechten in die Verfassung in erster Linie darin liegen, daß auf diese Weise der Wert von Persönlichkeitsgütern und im Zusammenhang damit der Wert des Gesetzesvorbehaltes feierlich anerkannt wird. — —

Wenn man heute vielfach den Wert von Grundrechten leugnet, so hat das meistens darin seinen Grund, daß man sie allein aus einem staatsfeindlichen Egoismus heraus zu erklären versucht. So bedeuten für Nicolai Grundrechte „den Aufmarsch der Eigensucht gegen den Staat“ [173]. Sicherlich gibt es gemeinschaftsfeindlich eingestellte Menschen, für die die Existenz von Grundrechten allein schon Befriedigung ihrer krankhaften Ichsucht bedeutet. Aber diese Feststellung besagt nichts. Auch die Geltendmachung von Rechten privatrechtlicher Natur erfolgt bei manchen Menschen aus rein egoistischen Gründen, wobei ihnen die

170) W. Merk (Der germanische Staat S. 39) weist daraufhin, daß das alte bayrische Volksrecht ausdrücklich die Fälle aufzählt, in denen ausnahmsweise Eingriffe in Leben, Freiheit und Vermögen des einzelnen zulässig sind (Lex Baiuvariorum II, 1 und VII, 4).

171) so auch Tartarin Tarnheyden, Werd. Staatsrecht S. 152.

172) vgl. Franzen a.a.O. S. 21.

173) Nicolai, Grundlagen der kommenden Verfassung, S. 87 und der Staat im nationalsoz. Weltbild S. 26.

Vorstellung von einem subjektiven Recht als einem Mittel ausgleichschaffender höherer Gerechtigkeit absolut fernliegt, ohne daß damit die Wertlosigkeit solcher Rechte dargetan werden könnte. Zur Widerlegung des Wertes von Grundrechten weist man ferner auf ihre Bedeutung im Weimarer Staat hin. Es ist sicherlich richtig, daß in der Zeit des Weimarer Systems die Grundrechte Gefahr liefen, zu Positionen des einzelnen gegen den Staat ausgebaut zu werden, an denen auch Staatsnotwendigkeiten ihre Schranke fanden. Die Ablehnung eines allgemeinen, aus Art. 48 WRV. zu entnehmenden Staatsnotrechtes und der Streit um die wohlerworbenen Rechte der Beamten sprechen eine beredte Sprache [174]).

Daß auch Grundrechte in Zeiten der Not nicht unangetastet bleiben können, ergibt sich für den nationalsozialistischen Staat schon aus einer Einstellung, die mit dem Satz „Gemeinnutz geht vor Eigennutz" Ernst macht. Ein Staatsnotrecht ist der nat. soz. Rechtsordnung immanent, ohne daß es unbedingt einer besonderen gesetzlichen Normierung bedürfte, eine gesetzliche Regelung könnte nur deklaratorischen Charakter haben. So dürften die Worte Nicolais zu verstehen sein: „Die Pflicht des Opferns für die Allgemeinheit hat keine Grenzen, wenn wir das Volk als höchstes Gut auf Erden ansehen" [175]).

Man verdiente den Vorwurf eines geschichtslosen Denkens, wollte man die Weimarer Zeit entscheiden lassen über den Wert oder Unwert von Grundrechten. Grundrechte sind nicht erst eine Erfindung der Weimarer Zeit, sie sind auch ihrem Wesen nach nicht erst eine Errungenschaft der französischen Revolution. „In der Garantie volkhafter Persönlichkeitsstellung ist ältestes deutsches Rechtsgut zu erblicken" [176]). So gesehen werden erst recht im nat. soz. Staat Grundrechte als „nationale persönliche Rechtsgüter" [177]) ihre Berechtigung haben.

6. Die subjektiven öffentlichen Rechte.

Was über die Grundrechte gesagt wurde, gilt in gleicher Weise für die sogenannten subj. öff. Rechte. — „Subjektives öffentliches

174) vgl. z. B. die Worte Thomas, Der Vorbehalt a.a.O. S. 231 „Gewiß ist denkbar, daß ein rechtssatzverletzendes Vorgehen einer Reichs- oder Landesstelle außerordentlicherweise in so hohem Maße durch politische Notwendigkeit (d. h. Erforderlichkeit zur Verhütung irreparabler Ereignisse, die als verhängnisvoller angesehen werden, als eine — an sich verwerfliche und möglicherweise unabsehbare Folgen auslösende — Verfassungsverletzung) . . . Aber vor dem Forum juristischen Urteils bleibt dieses Vorgehen rechtsverletzend . . ."

175) Nicolai a.a.O. der Staat im nat. soz. Weltbild S. 87.

176) s. Tarnheyden, Werd. Staatsrecht S. 154. Man erinnere sich der Worte Treitschkes, die, obwohl sie nur von der Freiheit handeln, ganz allgemein für Persönlichkeitsgüter Geltung haben: „Wir dagegen fassen die Freiheit als Bestand und Geltung vernünftiger Gesetze auf, die von dem Bürger in freier sittlicher Zustimmung gewollt und befolgt werden, und dann ist deutlich, daß die Freiheit nicht erst im Jahre 1789 entdeckt worden ist." (Treitschke Politik I S. 159).

177) So nennt sie Tarnheyden, Werdendes Staatsrecht S. 153, vgl. derselbe Arch. öff. R. 1934 S. 353 ff.

Recht", so definiert Bühler — „ist diejenige rechtliche Stellung des Untertanen zum Staat, in der er auf Grund eines Rechtsgeschäftes oder eines zwingenden, zum Schutz seiner Individualinteressen erlassenen Rechtssatzes, auf den er sich der Verwaltung gegenüber soll berufen können, vom Staat etwas verlangen kann, oder ihm gegenüber etwas tun darf" [178]). In diesem Sinne ist auch im nat. soz. Staat für subjekt. öffentl. Rechte Raum, — soweit nicht der Charakter des nat. soz. Staates als eines völkischen Führerstaates die Zulassung solcher Rechte im einzelnen verbietet. Redewendungen, wie „Volksgemeinschaft statt subjekt. öffentl. Rechte" [179]) müssen als gefährlich bezeichnet werden. Nur zu leicht verliert man durch sie den Boden der Wirklichkeit unter den Füßen. Dasselbe muß gelten für die Äußerung von Maunz: „Der nat. soz. Staat kann keine Trennung und Gegenüberstellung der Gemeinschaftssphäre von der Individualsphäre aufrecht erhalten, wie es der liberale Staat tut, und er hat damit schon aus seinem Wesen heraus seine Entscheidung über die gegen die öffentliche Gewalt gerichteten Rechte gefällt" [180]). So einfach liegen die Dinge doch nicht. Der zum Schutz des Untertanen „erlassene Rechtssatz", auf den der Bürger „sich der Verwaltung gegenüber soll berufen können", ist doch nicht deshalb erlassen worden, um der Einzelperson eine Position zu schaffen, von der aus sie den Kampf gegen den Staat führen kann, sondern aus der Überzeugung heraus, daß es Fälle gibt, in denen die Beschränkung der öffentlichen Gewalt zugunsten der Einzelperson sich mit den Interessen der Gesamtheit deckt. Volksgemeinschaft wird nicht dadurch erreicht, daß man einfach die Existenz von Individualinteressen leugnet und die Totalität der Gemeinschaftssphäre proklamiert, das hieße den Kopf in den Sand stecken. Es liegt nur im Sinne der Volksgemeinschaft, wenn man — den Gegebenheiten des menschlichen Lebens Rechnung tragend — die Existenz von Individualinteressen erkennt, und ihre Verfolgung soweit als berechtigt von Staats wegen zuläßt, als sich daraus keine Schädigung des Wohles der Gesamtheit ergibt. Soweit dies zutrifft, haben subjektive öffentl. Rechte nicht nur „im Rahmen von Mitarbeiterverhältnissen" [181]), wie sich Maunz ausdrückt, ihre Berechtigung, sondern auch im Verhältnis von Unterordnung und Überordnung, im Verhältnis der staatsunterworfenen Einzelperson und ihrer Verbände zum Staat, zu seinen Verwaltungsorganen und seinen öffentlichen Körperschaften [182]).

Es soll nicht verkannt werden, daß in der Vergangenheit der Begriff des subjektiven öffentl. Rechts oft mißbraucht worden ist. Man suchte

178) Bühler a.a.O. S. 224 vgl. auch W. Jellinek a.a.O. S 192.

179) s. Krüger, Deutsche Verw. 1935, S 37 ff.

180) Neue Grundlagen der Verw. S. 29. Gegen den Begriff des subjekt. öffentl. Rechts auch Fischbach s. a.a.O.

181) Maunz a.a.O. S. 32.

182) Gegen Maunz mit Recht Hofacker, die subjekt. öffentl. Rechte DJZ 1935 S. 723 ff. Für subjekt. öffentl. Rechte weiterhin Koellreutter DJZ 1934 S. 629, Tartarin-Tarnheyden, Werd. Staatsrecht S. 153, Knauth RPrVBl. 1933, S. 887 und Stuckart, Deutsche Verwaltung 1935 S. 161, nach dessen Ansicht die „Sicherung individueller Ansprüche stattfindet, soweit es die Sicherung der Volksordnung verlangt".

oft subjektive Rechte da, wo dem einzelnen nur etwas gewährt wurde, ohne daß ihm ein Recht eingeräumt wurde. Hofacker weist mit Recht darauf hin, daß dieser Fehler sich in erster Linie daraus erklärt, daß man die subjektiven öffentlichen Rechte von ihren „konkreten Gegenständen“ loslöste, daß man den für einzelne gleichgeartete Tatbestände zutreffenden „Sammelnamen“ subjekt. öffentl. Recht zu einem überall Anwendung findenden „Rechtsbegriff“ machte. Solche Mißbräuche können nicht den Ausschlag geben [183]).

Nutzungsrechte an öffentlichen Sachen, Konzessionen wird es auch im nat.-soz. Staat geben. — Oder wer möchte behaupten, daß es volksgemeinschaftsgefährdend sei, wenn einem Volksgenossen, der im Vertrauen auf den weiteren Fortbestand eines bestimmten Zustandes besondere Aufwendungen macht, eine vor Überraschungen besonders sichere Rechtsstellung gewährt wird. — Auch der nat. soz. Staat kennt Mitwirkungsrechte, positive Ansprüche und Freiheitsrechte [184]).

So kann auch weiterhin von einem Recht der Gemeinden auf Selbstverwaltung gesprochen werden, es ist ein „Mitwirkungsrecht“, das auch nach der neuen deutschen Gemeindeordnung besonderen Schutz genießt [185]). Als Beispiele für „positive Ansprüche“, die weiter Bestand haben, seien genannt: Der Anspruch des Beamten auf Besoldung, des Enteigneten auf Entschädigung, und das Recht des Einwohners auf Mitbenutzung einer öffentlichen Gemeindeeinrichtung [186]). Es kann auch keinen Zweifel geben, daß gegen rechtswidrige Eingriffe in die Freiheit des einzelnen — durch die Polizei beispielsweise — weiterhin mit den in den Polizeiverwaltungsgesetzen genannten Rechtsmitteln vorgegangen werden kann.

Die im neuen Staat geübte Verwaltungspraxis und selbst eigene Gesetze des nat. soz. Staates, wie die Deutsche Gemeindeordnung, zeigen so, daß gerade hinsichtlich der subjektiven öffentlichen Rechte in Wirklichkeit nur der Name des Erörterungsgegenstandes streitig war [187]).

183) s. Hofacker a.a.O. S. 725, 726.

184) s. über die bisherige Einteilung der subjekt. öffentl. Rechte: W. Jellinek a.a.O. S. 197.

185) Zwar sieht die DGO. nicht mehr eine Klage im Verwaltungsstreitverfahren gegen Anordnungen der Aufsichtsbehörden vor; — immerhin gewährt sie eine förmliche Beschwerde (§ 113 DGO.).

186) Die DGO. sieht gegen unberechtigte Eingriffe in das letztgenannte Recht nach dem „Einspruch“ auch das Verwaltungsstreitverfahren vor. (§ 29 DGO.)

187) s. das bemerkenswerte Urteil Hofackers DJZ. 1935, S. 725 „Ich möchte glauben, daß wir bei einer Nachprüfung der Gesetze auch auf Grund unserer heutigen Staatsauffassung nur wenige Eigenrechte (lies: subjekt. öffentl. Rechte) der bestehenden Gesetze beanstanden können.“ —

Ob man eine Unterscheidung trifft, zwischen echten und unechten subjekt. öffentl. Rechten, je nachdem ob ein subjekt. öffentl. Recht mit einem „konkretisierten Rechtsbehelf“ (förmliche Beschwerde oder Klage) ausgestattet ist oder nicht, (s. Tarnheyden, W.StR. S. 165) oder ob man von subjekt. öffentl. Recht nur dann spricht, wenn Rechtsschutz gewährt wird, ist eine Frage ohne grundsätzliche Bedeutung. Wenn man es tut, würde die Bezeichnung unechtes subjekt. öffentl. Recht jenen Rechtspositionen vorbehalten sein, die — obwohl kein Rechtsbehelf zur Verfügung steht — immerhin der Einzelperson die Befugnis gewähren, etwas zu verlangen, wodurch eine Unterscheidung von nur vorteilhaften, tatsächlichen Gewährungen getroffen wäre.

7. Die Verwaltungsrechtspflege und das richterliche Prüfungsrecht.

Als ein weiteres Kennzeichen des Rechtsstaates galt schließlich der justizförmige Rechtsschutz, der Rechtsschutz durch Verwaltungsgerichte [188]. „Recht und Gesetz", erklärte O. Mayer, „können nur dann wahre Bedeutung und Macht gewinnen, wenn sie einen Richterspruch zu ihrer Verwirklichung bereiten" [189]. Wird es nun auch im nat. soz. Staat eine Verwaltungsrechtsprechung geben?

Daß auf privatrechtlichem Gebiet der Staat der Einzelperson in einer gleichwertigen Parteistellung gegenübertritt, dürfte keinem Bedenken unterliegen. — Der Staat als Käufer kann selbstverständlich auf Zahlung des Kaufpreises verklagt werden. Soll aber auch auf hoheitsrechtlichem Gebiet das Handeln seiner Organe durch mit „einer richterlichen oder der richterlichen gleichkommenden Unabhängigkeit ausgestattete Behörden" [190] überprüft werden können? —

Mit Amtspflichtverletzungen und Mißgriffen in der Verwaltung muß jeder Staat rechnen, solange es Menschen sind, die für ihn tätig werden. Man würde der Volksgemeinschaft einen schlechten Dienst erweisen, wollte man von der idealistischen und gerechten Einstellung eines jeden Beamten ausgehend — unter Beiseiteschiebung jedes Wirklichkeitssinnes — die Möglichkeit solcher Rechtsverletzungen nicht ins Auge fassen. Es entspricht nat. soz. Gerechtigkeitsdenken, wenn der sich benachteiligt fühlenden Einzelperson, soweit dies mit der Struktur eines völkischen Führerstaates sich vereinbaren läßt, das Recht gewährt wird, nachprüfen zu lassen, ob eine Verwaltungsmaßnahme gegen die Rechtsordnung des nat. soz. Staates verstoßen hat. Es bedeutet nur Stärkung des Vertrauens des Volkes zum Staat, wenn man diese Überprüfung durch unabhängige Gerichte erfolgen läßt. Damit ist im Kern der Wert der Verwaltungsrechtspflege dargetan [191].

Man könnte nun einwenden, daß es nicht gerade unabhängige Gerichte zu sein brauchen, die die Verwaltungsakte nachprüfen, daß die Möglichkeit einer bei der Dienstaufsichtsbehörde einzulegenden Beschwerde — sei es einer einfachen oder einer formellen — doch auch genügen würde. Dagegen ist theoretisch wenig einzuwenden. In der Praxis wird aber ein Gericht eine Überprüfung g r ü n d l i c h e r vornehmen, als eine mit vielen Aufgaben betraute Aufsichtsbehörde, die sich durch Beschwerden nur belastet fühlen wird. Das Gericht ist darauf eingestellt, aufs genaueste die Wahrheit zu erforschen, wenn nötig, Zeugen zu laden, Augenschein einzunehmen, oder in aller Ruhe mündlich zu verhandeln [192], ohne durch andere Aufgaben gestört zu sein. Nicht zuletzt ist

---

188) vgl. C. Schmitt, NSHdb. S. 8.
189) O. Mayer 2. Aufl. S. 12.
190) s. Hatschek a.a.O. S. 363.
191) vgl. Franzen a.a.O. S. 24, Knauth, die Verwaltungsgerichtsbarkeit im neuen Reich, RPrVBl. 1933 S. 885 ff. Koellreutter DJZ. 1934 S. 630, Stukart, Deutsche Verw. 1935, S. 161.
192) Allerdings ist mündl. Verhandeln — darauf sei hier hingewiesen — nach preuß. Verw. Recht nicht nötig (s. Jellinek, W. a.a.O. S. 302).

zu bedenken, daß das Gericht unabhängig ist und auch deshalb mit einem Anspruch auf größere Autorität seine Entscheidung treffen kann[193]).

Größere Beachtung müßte der Einwand verdienen, daß es der Würde des nat. soz. Staates nicht entspricht, wenn das Handeln seiner Organe durch unabhängige Gerichte überprüft werden kann, daß der Staat so auf eine Stufe mit der Einzelperson gestellt, und damit individualistischem Denken Tür und Tor geöffnet würde. Dagegen könnte nun vorgebracht werden, daß nicht der Staat als solcher, sondern nur einzelne Behörden verklagt werden[194]), und daß ja schließlich auch die Gerichte wie die Verwaltungsbehörden nur eine Erscheinungsform ein und desselben über der Einzelperson stehenden Staates sind. Dadurch dürften jedoch die vorgebrachten Bedenken nur zum Teil beseitigt werden. Denn erstens verkörpern die Verwaltungsbehörden doch den Staat, und weiter dürfte unter Berücksichtigung der Psyche der staatsunterworfenen Volksgenossen zu bedenken sein, daß durch eine Klage gegen Behörden, die den Staat in seiner Hoheitsgewalt darstellen, leicht der Eindruck hervorgerufen werden kann, der Staat unterstehe einer neutralen Gerichtsgewalt. — Es wäre darum zu überlegen, ob nicht für die Zukunft eine Form der gerichtlichen Überprüfung gewählt wird, die der Einzelperson gegenüber zum Ausdruck bringt, daß sie nicht eine dem Staat gleichwertige Größe darstellt. Es wäre eine Klage ohne Beklagten denkbar in einem Verfahren, das zur Wahrnehmung öffentlicher Interessen einen Staatsanwalt — nicht eine als Partei auftretende Behörde kennt, ein Verfahren, wie es in aller Klarheit schon im Bayrischen Verwaltungsrecht ausgeprägt ist, in dem der „Staatsanwalt" am gleichen Tisch wie der Richter sitzt, und dadurch schon rein äußerlich zum Ausdruck gebracht wird, daß er etwas anderes als eine gewöhnliche Partei ist[195]). Allerdings wäre es falsch, diese Erwägung in ihrer Bedeutung zu überschätzen, denn in der Frage Recht oder Unrecht steht die Behörde deren Maßnahme überprüft werden soll, auf einer Stufe wie die Einzelperson — ihr kann ja nicht deshalb schon allein recht gegeben werden, weil sie ihrem Rang nach höher steht. Und schließlich wird es auch der Stärke und dem Ansehen des nat. soz. Staates in keiner Weise Abbruch tun, wenn die Möglichkeit besteht, daß Behörden als Parteien verklagt werden können[196]). Wenn wir dennoch einem Verfahren, das keine verklagten Behörden kennt, den Vorzug geben, — so geschieht das aus päda-

---

193) vgl. Franzen a.a.O. S. 25.

194) Wir gehen hier von dem preuß. Verwaltungsrecht aus. Bei der Anfechtung einer ortspolizeilichen Verfügung beispielsweise ist Klage zu erheben gegen den Regierungspräsidenten bezw. Landrat (nach fruchtloser Beschwerde s. § 49 Pol. V.G.)

195) s. W. Jellinek a.a.O. S. 297 ff.

196) Man bedenke, daß auch die neue DGO. das Verwaltungsstreitverfahren vorsieht, s. auch Grauert DJZ. 1934 S. 908, der ankündigt, daß im zukünftigen Reichspolizeiverwaltungsgesetz das Verwaltungsstreitverfahren vorgesehen sei.

gogischen Gründen, die immerhin auch nicht außer acht gelassen werden dürfen. —

Die Anerkennung des Wertes der Verwaltungsrechtspflege kann nicht Anerkennung eines schrankenlosen Nachprüfungsrechtes bedeuten. —

Eine Schranke ergibt sich zunächst einmal daraus, daß Ermessensfragen von der Nachprüfung auszuschalten sind. Jede Verwaltungsbehörde trifft ihre Maßnahmen innerhalb eines ihr eingeräumten Rahmens pflichtmäßigen, freien Ermessens [197]). Es ist aber kein Grund vorhanden, den Gerichten grundsätzlich das Recht zu versagen, über Ermessensfehler zu entscheiden, also etwa zu prüfen, ob ein Beamter sich unter Nichtbeachtung nat. soz. Rechtsdenkens durch unsachliche Motive hat leiten lassen. Es bedeutet nur Stärkung des Vertrauens zur Staatsführung und ihren Verwaltungsorganen, wenn man eine Überprüfung solcher Fragen zuläßt [198]).

Eine weitere grundsätzliche Schranke bedeutet die Ablehnung der Generalklausel, die früher oft als Allheilmittel hingestellt wurde [199]). Vielmehr wird es nötig sein, unter sorgfältiger Berücksichtigung des Charakters des nat. soz. Staates als eines völkischen Führerstaates die Fälle zu bestimmen, in denen eine richterliche Überprüfung zuzulassen ist. Dabei kann nicht nur die Frage entscheidend sein, ob es zweckmäßig ist, der Verwaltung das R e ch t zur letzten Entscheidung zuzuerkennen, es kommt ebensosehr darauf an, zu prüfen, ob es nicht zweckmäßig ist, ihr die P f l i ch t dazu aufzuerlegen. Denn in allen Fällen „die Verwaltung von ihrer Verantwortlichkeit zu entlasten, dafür sind die Gerichte nicht da“ [200]). Immer kommt es auf eine sorgfältige Abwägung der Für- und Gegengründe an. Was hier angebracht ist, kann dort unangebracht sein. Nichts würde gefährlicher sein, als ein bestimmtes Prinzip um des Prinzips willen verwirklichen zu wollen. —

Ganz allgemein sind von einer Nachprüfung — sowohl durch ein ordentliches als auch durch ein Verwaltungsgericht — Regierungsakte ausgeschlossen, d. h. alle politischen Entscheidungen der höchsten Staatsbehörden [201]). Auch im Umwege über Art. 131 WRV. kann eine solche Nachprüfung nicht erzielt werden [202]). Im nat. soz. Staat, der aufgebaut ist auf dem Vertrauen des Volkes zur Führung, ist kein Raum für ein derartiges Prüfungsrecht, das letzten Endes darauf hinauslaufen müßte, daß Führerfragen durch Nichtführer entschieden werden würden. Irgendwo hört die Möglichkeit einer Kontrolle auf, ein Gedanke, wie er schon in der alten Frage: Quis custodit custodem? zum Ausdruck kommt [203]).

---

197) s. W. Jellinek a.a.O. S. 293.

198) So richtig Franzen a.a.O. S. 25. Die Anerkennung der Nachprüfung des Ermessensmißbrauches wird ausdrücklich anerkannt durch Rderlaß des MdI. u. d. Fin.M. v. 13. 8. 34 (MBl. iV. S. 1053), worauf Franzen a.a.O. hinweist.

199) s. W. Jellinek a.a.O. S. 93 und Lassar Reichsverwaltungsgericht 1930. Gegen die Generalklausel schon früher u. a. Koellreutter, der nat. Rechtsstaat S. 29.

200) s. Koellreutter, der nat. Rechtsstaat S. 29.

201) vgl. Schack RVBl. 1934 S. 592 ff. Hoche DJZ. 1933, S. 1490 Neubert, JW 1933, S. 2426.

202) So richtig Franzen a.a.O. S. 24.

Die letzte Entscheidung — soll sie als gerecht empfunden werden — muß von der Stelle getroffen werden, der hinsichtlich der Richtigkeit ihrer Entscheidungen das meiste Vertrauen zugewandt werden kann. Im völkischen Führerstaat gibt es keine Instanz, die größeres Vertrauen genießt, als die Führung, d. h. als der Führer und Reichskanzler.

Es sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, daß damit auch das Urteil gefällt ist über das früher viel genannte und umstrittene richterliche Prüfungsrecht, über das Recht des Richters, im Einzelfall ein ordnungsmäßig verkündetes Gesetz auf seine Gültigkeit hin zu prüfen [204]). — Keine Bedenken dürften dagegen bestehen, dem Richter das Recht zuzuerkennen, nachzuprüfen, ob ein vom Richter anzuwendendes Gesetz ordnungsgemäß verkündet ist, ob ein Gesetz einer Landesregierung dem Reichsrecht widerspricht [205]), oder ob eine Verordnung mit den für ihren Erlaß maßgebenden Vorschriften in Einklang steht [206]).

Nach einer weit verbreiteten Ansicht ergibt sich eine weitere grundsätzliche Schranke für die Verwaltungsrechtspflege daraus, daß ganz allgemein „politische Akte", auch wenn sie nicht von der Regierung ausgehen, der richterlichen Kontrolle nicht unterliegen sollen [207]). Man zählt darunter solche Akte, die „auf staatspolitischem Gebiet liegen, also solche, die das Bestehen und die Sicherheit des Staates und der diesen tragenden Einrichtungen zum Gegenstand haben" [208]). Nur eine Dienstaufsichtsbeschwerde soll in diesen Fällen möglich sein. Als Beispiel führt man die aus politischen Gründen verhängte Schutzhaft an [209]). Wir glauben, daß stichhaltige Gründe für eine solche Ausnahme grundsätzlich nicht bestehen. — Daß auch bei „politischen Akten" Fehlgriffe und Amtspflichtverletzungen möglich sind, wird niemand bestreiten. Wenn man dennoch glaubt, diesen politischen Akten eine Sonderstellung einräumen zu müssen, so kann das seinen Grund nur darin haben, daß man dem Richter in

---

203) s. Herrfahrdt, Werden und Gestalt a.a.O. S. 32 ff.

204) vgl. hierzu Schack RPrVBl. 1933 S. 1047 ff. und RVBl. 1934 S. 592 ff. Schöne, Archiv öff. Recht 1934 S. 465 ff. C. Schmitt Staat, Bewegung, Volk S. 21.

Da die Reichsregierung heute auch Verfassungsgesetzgeber ist, käme nur das Recht in Frage, zu prüfen, ob das Gesetz mit der Rechtsidee übereinstimmt oder nicht. (vgl. Vollmer a.a.O. S. 30).

205) Wenn auch die Zustimmung des zuständigen Reichsministers, deren die Gesetze der Landesregierungen bedürfen, (§ 3 I. VO. über den Neuaufbau d. Reiches v. 2. 2. 1934) ein Akt einer höchsten Staatsbehörde darstellt, so wird man ein richterliches Prüfungsrecht doch anerkennen können, da es sich ja nur um das Recht handeln würde, im Einzelfall einer höherwertigen Rechtsnorm zur Anerkennung zu verhelfen.

206) vgl. Vollmer a.a.O. S. 30.

207) vgl. Schack RVBl. S. 593, Hoche DJZ. 1933 S. 1490 und Neubert JW. 1933 S. 2426.

208) Schack a.a.O. S. 593.

209) Hier handelt es sich nicht um die Frage, ob die Versagung eines richterl. Nachprüfungsrechtes hinsichtlich einer auf Grund der V.O. vom 28. 2. 1933 verhängten Schutzhaft auch im geschriebenen Recht ihre Stütze findet, — wie das Neubert a.a.O. annimmt, (A. M. Lüdtke a.a.O.) sondern ob aus allgemeinen, grundsätzlichen Erwägungen heraus die Möglichkeit einer richterl. Überprüfung abzulehnen ist oder nicht.

solchen Fällen in Bezug auf seine Urteilsfähigkeit Mißtrauen entgegenbringen zu müssen glaubt. Solches Mißtrauen ist aber dann nicht mehr begründet, wenn man davon ausgeht, daß diese Richter in beruflicher, charakterlicher und politischer Hinsicht nationalsozialistischen Anforderungen entsprechen. — Das Problem der Überprüfbarkeit von politischen Akten ist darum in erster Linie ein Richterproblem, es ist gelöst, wenn geeignete Richter zur Verfügung stehen. So glauben wir denn, daß die Frage der Überprüfbarkeit „politischer Akte" und auch andere mit der Verwaltungsgerichtsbarkeit zusammenhängende Probleme wie beispielsweise die Frage der Überprüfbarkeit von Verwaltungsakten auf Ermessensfehler hin im Grunde deshalb oft verneinend beantwortet werden, weil man in der heutigen Übergangszeit die Voraussetzungen für eine nationalsozialistische Verwaltungsrechtsprechung noch nicht als gegeben ansieht. Wenn erst einmal die Gründe für derartige Bedenken nicht mehr vorhanden sind, wird man zu vielen dieser Fragen eine andere Stellung einnehmen.

Schluß.

Wir werfen zum Schluß noch einmal einen Blick zurück auf den Streit um den Rechtsstaat und stellen fest, daß die meisten und wichtigsten Inhaltswerte des Begriffes Rechtsstaat auch im nationalsozialistischen Staat ihre Berechtigung haben. — Auch der nationalsozialistische Staat stellt sich in das Recht hinein, auch in ihm haben die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Unabhängigkeit der Rechtspflege, Grundrechte, subjektive öffentliche Rechte und der Rechtsschutz auf öffentlich-rechtlichem Gebiet ihren Wert, mögen diese Prinzipien auch nicht mehr wie früher im Vordergrund stehen, mögen sie auch heute hinsichtlich ihrer Bedeutung und der ihnen zu teil werdenden Betonung überragt werden von Prinzipien, wie sie sich aus dem Wesen des nationalsozialistischen Staates als eines völkischen Führerstaates ergeben. —

Einen großen Teil der im Streit um den Rechtsstaat verbrauchten Kräfte hätte man besser Gebieten zuwenden sollen, auf denen der nationalsozialistische Staat vor ganz neuen Aufgaben steht, auf denen neue, dem nationalsozialistischen Staat wesenseigene Staatsgestaltungsgrundsätze entwickelt werden müssen. — Und dennoch ist dieser Streit nicht ganz umsonst gewesen; er zwingt jeden, der sich mit ihm befaßt, zu der entscheidenden Frage Stellung zu nehmen, nach welchen Grundsätzen eine Wertung der Vergangenheit vorgenommen werden muß; dadurch erhält er bereits einen Wert.

Wenn Kraus glaubt, „man könnte heute nicht angeben, gegen wen sich der Rechtsstaatsbegriff richtet, wenn nicht gegen die nationalsozialistische Bewegung und den Staat des 20. Jahrhunderts selbst" [210]), — so meinen wir, daß er heute gerichtet ist, gegen die, die zu Demonstrie-

210) Kraus a.a.O. S. 31.

rungszwecken die Vergangenheit in einem Zerrbild sehen und die darum Gefahr laufen, auch wertvolle von der Vergangenheit entwickelte Grundsätze über Bord zu werfen, und so, gewollt oder ungewollt, unheilvolle Extreme propagieren.

Mag es sich um das Problem Staat — Einzelperson, um Freiheit und Gebundenheit, mag es sich um das Problem unmittelbare Gerechtigkeit und Rechtssicherheit, um Voraussehbarkeit und unmittelbare Zweckmäßigkeit handeln, immer liegt die Lösung in einem ausgleichschaffenden, beide Prinzipien berücksichtigenden „Sowohl-als auch". „Das germanisch deutsche Recht" sagt W. Merk, „hat es verstanden, in tausendfältigen, immer neuen Formen Begriffe, wie Recht und Sittlichkeit, Recht und Pflicht, Herrschaft und Verantwortung, Gemeinschaft und Persönlichkeit, Freiheit und Dienst, Einheit und Mannigfaltigkeit . . . durch Aufsuchen der Einheit über der Zweiheit zu vereinen und zu versöhnen, wogegen das römische Recht in derartigen Fällen statt des germanischen „Sowohl — als auch" ein schroffes Entweder — oder" setzt" [211]).

Von dem, was vor uns lebende Generationen deutscher Menschen empfunden und gedacht haben, ist vieles überholt, eine ewig wirkende Entwicklung hat Neues an seine Stelle gesetzt. Und doch, wer möchte leugnen, daß nicht auch viele Gedanken und Grundsätze erhaltenswert sind. Unter diese glauben wir auch die den Kern des Rechtsstaatsbegriffes ausmachenden Grundsätze rechnen zu müssen. Es sind dies letzten Endes zutiefst deutschem Wesen entsprungene Gedanken und Grundsätze, für die das Goethewort gilt:

„Was du ererbt von deinen Vätern hast,
erwirb es, um es zu besitzen".

---

211) Walter Merk, Deutsche Rechtserneuerung a.a.O. S. 274.

Lebenslauf.

Am 5. Dezember 1912 wurde ich als Sohn des damaligen Lehrers, des jetzigen Rektors Wilhelm Groß-Fengels und seiner Ehefrau Maria, geb. Klein zu Hamborn/Rh. geboren. Nach vierjährigem Besuch der Volksschule in Sterkrade und Hamborn wurde ich Schüler des städtischen Realgymnasiums in Hamborn und bestand dort Ostern 1931 die Reifeprüfung. Ich entschloß mich zum Studium der Rechtswissenschaften. Die ersten vier Semester studierte ich in Marburg; nach einem fünften Semester in Berlin kehrte ich nach Marburg zurück und bestand am 6. April 1935 am Oberlandesgericht in Kassel das erste juristische Staatsexamen. Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 4. April 1936 vor der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Marburg ab.